

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA



**FACULTAD DE DERECHO
SEDE BOSQUE POPULAR**

**RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL ESTADO
COLOMBIANO FRENTE A LAS VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA,
A LA LUZ DEL DERECHO COLOMBIANO Y EL DERECHO COMPARADO**

EDWIN ANDRÉS BRICEÑO BUSTACARA
Cod: 42082259

BOGOTA D.C 2014

CONTENIDO

Introducción.....	03
Planteamiento del Problema.....	09
Formulación del Problema.....	10
Hipótesis.....	11
Objetivos de la Investigación.....	11
1 Capítulo I.....	13
1.1 Marco histórico.....	13
1.1.1 La historia de la desaparición forzada en un ámbito nacional e interna.....	13
1.1.2 Antecedentes históricos en Colombia.....	14
1.1.3 La Desaparición Forzada en América Latina.....	18
1.1.4 Resúmenes analíticos de investigación (rai).....	20
2 Capítulo II	32
Marco teórico conceptual.....	32
2.1 Marco jurídico.....	32
2.1.1 Desaparición forzada.....	32
2.1.2 Responsabilidad indirecta de los entes jurídicos resumen sentencia administrativo.....	37
2.1.3 Responsabilidad directa.....	39
2.1.4 Teoría de la falla en el servicio	41
2.1.5 Tesis organicista.....	42
2.1.6 Definición de operación administrativa.....	44
2.1.7 Daño especial.....	45
2.1.8 Responsabilidad por daño especial	48
2.2 El proceso de paz Colombiano.....	52
2.2.1 La comunidad internacional y la persistencia de la impunidad en Colombia.....	52
2.2.2 Medidas legales para cumplir las obligaciones impuestas al estado como correlato del derecho de las víctimas a la justicia.....	55
2.2.3 Medidas legales para cumplir las obligaciones impuestas al estado como correlato del derecho de las víctimas a la verdad.....	59

2.3	Ley de justicia y paz.....	62
2.4	Investigación y Juzgamiento en el Derecho Comparado.....	67
2.5	La práctica de la Desaparición Forzada en Estados latinoamericanos envueltos en guerrilla.....	72
	Conclusiones.....	79
	Bibliografía.....	82

INTRODUCCION

El llamado proceso de justicia y paz ha contribuido a poner de presente la existencia y práctica de la desaparición forzada de personas, pues, la ubicación de fosas comunes lograda por la confesión de muchos victimarios, ha estremecido el diario vivir de los Colombianos.

Este es un crimen que se ha venido cometiendo en todo el mundo, se esté o no en medio de un conflicto armado, sea o no un país desarrollado; es un crimen que se comete con el propósito de satisfacer objetivos de personas, grupos organizados o los fines de un Estado. Es por eso que este crimen contra la humanidad ha sido objeto de especial atención por la Comunidad Internacional, la cual ha desarrollado diferentes instrumentos jurídicos que tratan de hacerle frente a este flagelo, entre ellos, declaraciones expedidas por la ONU, como es el caso de la resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 referente a la DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS, expedida por la asamblea general; en este mismo sentido a través del DIH, concretamente el artículo 2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977 y el artículo 75 del mismo Protocolo a través del cual se reguló lo referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

Para el caso propio del continente americano la organización de Estados Americanos (OEA), también ha expedido algunos instrumentos jurídicos entre ellos la CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, respecto a los cuales Colombia ha ratificado su compromiso de evitar la ocurrencia de desapariciones forzadas.

La desaparición forzada de personas se considera un delito de lesa humanidad; con su práctica se transgreden diferentes Derechos Humanos, tales como el derecho a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual, el acceso a las garantías judiciales, y sobre todo es una grave afrenta a la dignidad humana. LA DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZOSAS, la definió como “el arresto, detención o traslado contra su voluntad de personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”.

Colombia, por las condiciones particulares del conflicto interno armado, no solo se ha venido comprometiendo a nivel internacional a través de suscripción de tratados como ya se mencionó, sino que en el ordenamiento jurídico interno igualmente ha dispuesto prescripciones normativas, que buscan cumplir con estos compromisos internacionales, pero sobre todo evitar y luchar efectivamente contra la comisión de desapariciones forzadas de personas en Colombia. Es así, que en la Constitución Política de 1991 en su artículo 12 estableció “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

A nivel legislativo, en el año 2000 las leyes 589 y 599 tipificaron por primera vez el delito de desaparición forzada, en desarrollo del compromiso internacional adquirido en la negociación diplomática de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada. A su vez, el artículo 48.8 de la ley 734 de 2002, nuevo Código Disciplinario Único, reprodujo la norma del Código Penal y la previó como falta gravísima. La Ley 171 del 1994 incorporó en el ordenamiento interno el protocolo adicional de la Convención de Ginebra y finalmente, la ley 707 de 2001

por la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y la cual estableció como normativa interna la prohibición de la desaparición forzada. De tal suerte que en Colombia ha ocurrido una amplia recepción legal del derecho extranjero sobre la materia.

Es preciso decir que en comparación con el Derecho Internacional en donde se tiene según las definiciones de desaparición forzada, a los Estados como los agentes activos de la comisión de este delito de lesa humanidad, en Colombia desde la Constitución y el desarrollo legal, este agente activo puede ser cualquier persona, sean públicas o privadas, y el agente pasivo son todas las personas. De esta manera la prohibición de cometer desapariciones forzadas resulta ser más amplia que en lo que se consigna en los instrumentos internacionales.

No obstante, los compromisos adquiridos a nivel internacional, y la regulación interna que ha pretendido evitar la ocurrencia de este flagelo que atenta contra toda la humanidad, la desaparición forzada de personas se ha hecho una práctica tolerada dentro del desarrollo del conflicto armado del país, siendo el propio Estado a través de la fuerza pública, los paramilitares y guerrillas agentes activos en la comisión de este delito.

Por este motivo, el Estado Colombiano ha sido condenado internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el caso Caballero Delgado y Santana vs Colombia constituye un ejemplo de dichas condenas.

Por otro lado, una preocupación que gira alrededor del ordenamiento jurídico interno, que es la jurisdicción nacional a la cual corresponde acudir en primera instancia para determinar la responsabilidad del Estado frente a delitos como la desaparición forzada, consiste en conocer bajo qué régimen de responsabilidad el Consejo de Estado ha determinado la obligación que le asiste al Estado Colombiano por los casos de desaparición forzada de personas, en el entendido que el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia ha tenido un desarrollo

jurisprudencial que ha establecido dos tipos de regímenes de responsabilidad, la llamada subjetiva o por fallas del servicio (presunta y probada) y la objetiva, que se divide en el daño especial y el riesgo excepcional.

Al margen de la responsabilidad del Estado Colombiano por la desaparición forzada de personas, mediante sus propios y directos agentes, cabe indagar qué ocurre cuando tal hecho punible es cometido por los llamados grupos paramilitares que son vistos por la jurisprudencia internacional como grupos fomentados por el propio Estado o ver que acontece cuando el mismo hecho ilícito es imputable a los denominados grupos guerrilleros.

Es por esto que se ha planteado como problema de investigación: ¿Doctrinal y jurisprudencialmente cual es el régimen de responsabilidad aplicable al Estado Colombiano frente a las víctimas de desaparición forzada, a la luz de la constitución de 1991, el derecho colombiano y el derecho comparado?

Establecer el tipo de responsabilidad que se determina en el ordenamiento jurídico interno, es de suma importancia para identificar en que supuestos de hecho el Estado Colombiano tendría que responder por desapariciones forzadas realizadas con participación de agentes estatales o cuando dicha conducta es realizada por particulares. También es importante identificar como se determina la responsabilidad del Estado Colombiano en el derecho interno y el comparado, en el marco de una cláusula de carácter internacional a la cual está sometido, cual es el deber de proteger los Derechos Humanos, cuando por su obra u omisión se cometen delitos de lesa humanidad, como la desaparición forzada de personas.

Identificar el régimen jurídico que se aplica en Colombia para determinar la responsabilidad que le atañe al Estado cuando se cometen desapariciones forzadas, y ahora que parece que por el proceso de justicia y paz se conocerá de la suerte de muchas personas consideradas desaparecidas forzosamente,

permitirá que se busque y se justifique una extensión de la responsabilidad que le atañe al Estado por desapariciones forzadas de personas.

Como hipótesis que se plantea respecto del problema de investigación, se ha considerado, que el Consejo de Estado ha venido en tratándose de casos de desapariciones forzadas, decidiendo bajo el régimen de responsabilidad extracontractual conocido como falla del servicio, o también, como responsabilidad con base en la culpa, ello por lo menos en lo que tiene que ver cuando dicha conducta criminal se imputa a una acción de la autoridad pública.

En el caso de que esas desapariciones sean imputables a grupos al margen de la ley, se infiere que el Estado Colombiano ha sido o podría ser objeto de declaraciones y condenas de responsabilidad en el orden jurídico interno; tal deducción obedece a que según Hernández Enríquez afirma que “Consejo de Estado ha dicho (...) el Estado puede resultar comprometido cuando quiera que ha omitido el cumplimiento de un deber y, siempre y cuando, se estime que de haberse cumplido el deber omitido el proceso de causación del daño pudo haberse interrumpido”

Tal hipótesis, es producto de la observación que se ha realizado de la manera en que el Consejo de Estado ha venido resolviendo en los eventos de actos terroristas, frente a lo cual la jurisprudencia tradicional hacia responsable al Estado a través de tres títulos de imputación, por falla del servicio, cuando la obligación de seguridad no se ha cumplido adecuadamente; por el riesgo cuando se había puesto a las zonas en riesgo y este se había concretado; y por daño especial, cuando de una actividad lícita de la administración se ocasionaba un daño que superaba las cargas públicas que la víctima no estaba obligada a soportar; al respecto dice Hernández Henríquez que “ha sido replanteado por el Consejo de Estado y hoy, en materia de actos terroristas, por supuesto cuando esos actos

son realizados por un terceros, solamente se reconoce responsabilidad por falla del servicio y por el riesgo”.¹

Ahora con relación al derecho comparado, se considera que la responsabilidad internacional de los Estados en lo que tienen que ver con violaciones a los Derechos Humanos, es bien conocido que es preponderantemente objetiva y en consecuencia, se cree que en casos de desapariciones forzadas el Estado Colombiano ha sido condenado, aun cuando este crimen de lesa humanidad sea cometido por grupos de paramilitares, pues en sentencias de la Corte Interamericana, como es el caso de la masacre de la Rochela, se ha considerado que dichos grupos han sido fomentados por el Estado Colombiano.

¹ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ Alíer Eduardo. Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano. Segundo seminario internacional_ modulo II. Bogotá, 2005. P.12

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes:

En cumplimiento de los acuerdos con el gobierno nacional, dismantelar y desarticular los grupos armados organizados al margen de la ley.

Investigación y juzgamiento individuales de las conductas cometidas durante y con ocasión a su pertenencia del grupo armado organizado al margen de la ley.

Síntomas

- Procesos de paz
- Acuerdos humanitarios
- Reparación de victimas
- En cumplimiento de un acuerdo con el gobierno nacional que el grupo armado organizado al margen de la ley se haya desmovilizado y se haya dismantelado.
- Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.
- Que el grupo ponga a disposición del ICBF la totalidad de los menores reclutados.
- Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas.
- Que el grupo cese toda actividad delictiva.
- Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.
- Que se liberen las personas secuestradas que se hallen en poder del grupo.
- Que la persona entregue información o colabore con el dismantelamiento del grupo al que pertenecía.
- Que la persona haya suscrito un acta de compromiso con el gobierno nacional.
- Que la persona se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el gobierno para el efecto.

Causas:

- Desempleo.
- Falta de educación.
- Falta de seguridad en algunos sectores rurales del país.
- Conflicto de intereses.
- FARC-política.
- PARA-política.
- Inconformidad con el autoritarismo de Estado.
- Control territorial.
- Narcotráfico.
- Desplazamiento forzado.
- Delitos de lesa humanidad y violación a los derechos humanos.
- Delincuencia común y juvenil.

Pronóstico

Un control jurídico social político económico y no solo reformista sino también derogatorio en cuanto a violación e inexequibilidades de dicha ley.

Control de pronóstico:

Exigir una verdadera justicia en la aplicación al debido proceso de grupos al margen de la ley, y una verdadera eficacia de normas constitucionales, penales y leyes expedidas para el establecimiento y control social de la violencia que azota al país.

FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable al Estado Colombiano frente a las víctimas de desaparición forzada, a la luz del derecho colombiano?

HIPÓTESIS

Se considera víctima la persona individual o colectiva, que haya sufrido daños directos por un hecho punible de que trata la ley.

El mayor problema que presenta la Ley de Justicia y Paz, de acuerdo con los críticos de esta, es que es demasiado generosa, ya que ofrece penas de 5 a 8 años por delitos graves, siempre y cuando sean confesados por los mismos desmovilizados o que el Estado pueda probar posteriormente. Lo anterior, se une al período de tiempo tan limitado para que la Fiscalía lleve a cabo las investigaciones o procesos de delación que permitan la recolección del material probatorio suficiente.

La solución más pertinente que se podría plantear a este problema que afronta la ley, es generar políticas criminales que tengan como médula la resocialización del individuo, no solo a través de penas que sean proporcionales al delito cometido, sino también con herramientas como la educación y el trabajo autónomo para la supervivencia de estas personas.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.

GENERAL:

Determinar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable al Estado Colombiano frente a las víctimas de desaparición forzada, a la luz del derecho colombiano y el derecho comparado

ESPECÍFICOS

Analizar a la luz del derecho colombiano y comparado el tema de la sobre desaparición forzada en relación con la responsabilidad estatal

Estudiar el Régimen de responsabilidad del Estado colombiano en relación con las situaciones de desaparición forzada.

CAPITULO I

ESTADO DEL ARTE

1.1 Marco Histórico.

1.1.1 La historia de la desaparición forzada en un ámbito nacional e internacional²

La desaparición forzada es un desafortunado fenómeno que afecta a toda la sociedad, y a diferencia de lo que cree la población en general, no es un delito en el que el único sujeto activo siempre está compuesto por organismos o agencias estatales, ni tampoco es necesario que esté enmarcado en un conflicto armado. Este es un delito que está considerado como crimen de lesa humanidad ya que viola principios que son considerados como derechos fundamentales, tales como la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la dignidad humana.

Al hacer un recuento sobre la historia de la desaparición forzada en un ámbito internacional, no se podría dejar de mencionar nuestro punto de referencia obligado, el régimen Nacional Socialista en Alemania donde la desaparición forzada era usada como un mecanismo que pretendía cumplir con unos objetivos específicos propuestos por el régimen, los cuales eran: controlar cualquier intento de levantamiento revolucionario en contra del régimen y de esta manera generar una inseguridad y un miedo entre los opositores, cuando se cometían estos crímenes la orden era no dejar el menor rastro de la desaparición de la víctima y no dar ningún tipo de información sobre la desaparición de la misma. De esta manera se cumplían los objetivos propuestos por el régimen.

² PÉREZ SALAS, Diego Omar. Declaración de Responsabilidad del Estado frente a la ocurrencia de Desaparición Forzada cometida por Particulares. Revista de Investigación Formativa, Semilleros de Investigación y Jóvenes Investigadores. <http://www.redsociojuridica.org/escenarios> CONSULTA: Martes, 5 de Marzo de 2013

La llegada de este fenómeno a América Latina tuvo lugar por medio de las resistencias que crearían las distintas dictaduras militares a lo largo del continente a cualquier intento de oposición³

1.1.2 Antecedentes Históricos En Colombia.⁴

Aún terminadas las guerras, el asunto es problemático. En Colombia, por ejemplo, durante la segunda mitad del siglo XIX liberales y conservadores, si bien practicaron eventualmente castigos ejemplarizantes, formales e informales, disciplinarios y penales propiamente dichos, durante y después de las contiendas, prefirieron de manera estructural las soluciones negociadas y las amnistías para poner término a sus guerras nacionales, ínter e intrarregionales. El Estado federal era entonces muy débil, casi inexistente, de manera que habría sido imposible aplicar justicia con cobertura suficiente y en forma creíble. La amnistía era el único mecanismo jurídico-político disponible para reintegrar socialmente a los enemigos después de las contiendas. Se dice que esa tolerancia –inevitable- con el crimen nos dejó como herencia una fuerte “cultura de la impunidad”.

Reconstruido el Estado central después de la guerra de “Los mil días” (1899-1902), las condiciones cambiaron de manera rotunda. Después de la derrota del Radicalismo, el nuevo Estado central de la Constitución de 1886, con su primer ejército nacional permanente, fortalecido en sus finanzas mediante el cobro de impuestos a la nueva economía cafetera, mediante la impresora del nuevo Banco Central y mediante el dinero de las indemnizaciones por la amputación de Panamá, habría podido acaso hacer justicia por primera vez. No lo hizo en forma significativa. Las elites de la Regeneración se guiaron por el patrón cultural

³ CÁCERES TRIMIÑO, Sergio Enrique. La Desaparición Forzada en Colombia, un Mecanismo Estatal para Controlar y Disciplinar a la Oposición Política y a la Sociedad en General. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.2008.
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis207.pdf>

⁴ KARIME MARTINEZ, Sandra. La Alternatividad Penal en Colombia Verdad, Justicia, Reparación y Reconciliación o Impunidad, Perdón y Olvido. Universidad Libre. Bogotá D.C.
<http://hdl.handle.net/10901/3329>. CONSULTA: Martes, 12 de Marzo de 2013

heredado del siglo XIX, de manera que trataron a los líderes rebeldes, a quienes por familiaridad de clase consideraban como sus iguales, como a beligerantes y como a delincuentes políticos.

Y sin embargo, ¡Oh! Sorpresa, los niveles de violencia descendieron de una manera significativa después de los acuerdos de paz y de las amnistías, durante las tres décadas de la República Conservadora. No afirmamos con esto que la teoría de la prevención no tenga ninguna validez. Creemos que mientras más sólido sea el aparato de justicia, mayor tiende a ser la eficacia preventiva del castigo. Y a su vez, mientras más eficiente sea el sistema penal, mayor la prevención del delito. Y sin embargo, la prevención no lo explica todo, y lo que es igualmente importante, la ausencia de prevención por la vía del amedrentamiento y de la represión penal no necesariamente ni en todos los casos implica la perpetuación de la violencia.

Lo último deja flotando la pregunta ¿cuáles son los equivalentes funcionales de la pena en materia de prevención? Por lo pronto, suponemos que también las comisiones de la verdad y en general, ciertos usos de la memoria colectiva, tienen, bajo ciertas condiciones, capacidad para prevenir la repetición.

También en esta materia el cambio hacia el siglo XXI nos cogió a los colombianos haciendo una experiencia parecida a la que debieron enfrentar nuestros ancestros al despedir el siglo XIX. Decía entonces don Miguel Antonio Caro que en Colombia no había partidos políticos sino “odios heredados”. Desde entonces mucho se ha escrito sobre como el odio sirvió durante el siglo XIX, y hasta mediados del siglo XX, para fijar las identidades partidistas entre liberales y conservadores.

El Frente Nacional nos permitió poner en el congelador y acaso hasta superar temporalmente la idea de la política como odio transformado en identidades partidistas a través de la dialéctica entre amigos y enemigos. Hoy como hace cien años, pareciera que sucumbimos a la tentación de tratar de crear identidades

políticas a través del odio vindicativo. No importa que en el siglo XIX se tratara de construir partidos, en tanto que hoy se busca por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez con su seguridad democrática, compactar a la nación toda en una gran guerra contra las FARC. El dispositivo sigue siendo básicamente el mismo.

No es fácil cuantificar el odio. No es fácil saber cuántos son los que odian, ni cuál es la intensidad de su odio, ni de qué manera se retroalimentan el odio y la guerra.

Asumimos, sin embargo, y en general, que mientras mayor sea el número de víctimas dejado por la guerra, y mientras mayor sea la injusticia asociada a los procesos de victimización, mayor será el acumulado de odio en la sociedad. Igualmente que las guerras irregulares, sobre todo en la medida en que se escalan y se alejan del paradigma inter-estatal en lo que atañe a los medios y métodos de lucha, producen más odio y ofrecen mejores condiciones para la proliferación de vengadores y de retaliaciones que las guerras regladas.

En ese sentido, la guerra Colombiana, sobre todo en cuanto confrontación no reglada y altamente degradada entre guerrillas y paramilitares, constituye un espacio ampliamente habitado, sino gobernado, por el odio vindicativo y la rabia retaliatoria.

Las entrevistas concedidas por “Duncan”, director de una de las escuelas de formación de las autodefensas durante el año 2001, al igual que las entrevistas más recientes de la periodista Alma Guillermo Prieto con guerrilleros desertores, repiten los mismos motivos. Allá y acá se escucha que alguien ingresó a una o a otra organización armada porque le mataron a su papá o a su hermano o a su amigo.

Es cierto que la sed de venganza y la rabia retaliatoria constituyen apenas uno entre los varios motivos básicos que explican, en forma agregada o independiente, tanto el reclutamiento como la degradación en los métodos de lucha. Se trata,

además, de aquel motivo que ofrece mayor capacidad de “justificación” moral y tal vez por eso se le otorga alguna preferencia por los entrevistados en sus historias de vida.

En ausencia de un clima de verdadera polarización partidista, donde la simpatía ideológica sea una motivación suficiente y creíble, resulta más cómodo decir que se ingresó a las autodefensas o a las guerrillas porque se quería vengar la muerte de alguien, que afirmar que uno estaba buscando trabajo o que simplemente le gustan las armas y el riesgo o sentir el poder y el prestigio representado en un fusil.

Pero en cualquier caso el odio está allí, y cumple un papel central. Fidel Castaño, afirma que entre sus guerreros prefería a los vengadores porque eran los más fieles y los más valientes. Duncan, en cambio -de la misma manera que Carlos Castaño en sus memorias-, expresaba su preocupación por el hecho de que los vengadores a veces “se encausan” mucho y cometen atrocidades.

Se equivocan quienes creen que una guerra tan degradada y tan alejada del paradigma inter-estatal como la colombiana, es sólo un asunto de cálculos racionales y estratégicos. La política puede todavía reclamar que es su cerebro, pero su músculo es el narco dinero y su corazón es el odio. Si las FARC fueron durante mucho tiempo una ideología en busca de odio, para encarnar, los paramilitares han sido sobre todo un odio visceral en busca de ideología, para espiritualizarse.

El carácter caudillista y extremadamente personalizado del poder en organizaciones tan precariamente institucionalizadas como las guerrillas y los paramilitares, permite pensar que sus historias colectivas repiten las biografías de sus comandantes. Las historias de vida de hombres como “Tirofijo” (Manuel Marulanda Vélez) y como Carlos Castaño no son, en ese sentido, tan enteramente distintas. *Tirofijo* sigue cobrándole a las clases dirigentes de nuestro país, los

policías *chulavitas* y los pájaros conservadores que asolaron los pueblos de su Caldas natal en la década de los cincuenta, y los bombardeos que mataron sus cerdos, sus gallinas y sus amigos en la Marquetalia de los sesenta.

Castaño, por su parte, explica la obra de su vida, las ACCU, como la expresión de las transformaciones sucesivas de su odio personal contra quienes secuestraron y asesinaron a su padre. No es casualidad que las FARC en sus comienzos y los paramilitares ahora, se auto-representaran como “autodefensas”. Es que la legítima defensa suele ser la primera figura en la fenomenología de las transformaciones y sublimaciones del odio retributivo. En el corazón de las autodefensas de todo tipo están las víctimas efectivas y no las víctimas potenciales.

El ánimo vindicativo, probablemente tanto o más que la ideología, suele tener un lugar central en la transformación de las estrategias defensivas en estrategias agresivas y ofensivas.

Ahora, cuando pareciera que la venganza y el odio retributivo en general empiezan a tornarse omnipresentes y a ocupar de nuevo un lugar prominente, hasta el punto que se intenta su manipulación como complemento de la ideología en la gran guerra de la nación colombiana contra las guerrillas, hay que empezar a preguntarse cuál es el tratamiento judicial y político que se les deberá dar cuando llegue la hora, en el marco del proceso de la transición de la guerra a la paz.

1.1.3 La Desaparición Forzada En América Latina

La desaparición forzada se ha presentado en varios países de Latinoamérica. Sin embargo Argentina y Chile se destacan ya que en estos países esta práctica ha estado ligada a golpes de estado y dictaduras militares totalitarias y represivas.

Chile.

La práctica generalizada de este delito así como de otros crímenes de lesa humanidad se inicio en 1973 después del golpe de estado y muerte de Salvador Allende; durante el gobierno de Augusto Pinochet, las operaciones estuvieron a cargo de una organización llamada DINA (Dirección de Inteligencia Nacional), creada en 1974⁵

Esta organización tenía facultades para detener a personas implicadas en delitos contra el Estado, en concurso con otras conductas punibles como el homicidio. La detención tenía un plazo de 5 días, que se prolongaba a veinte y de muchas de las personas retenidas, no se volvió a tener noticia.

Argentina.

La practica venia realizándose en argentina desde antes de 1970 pero hacia 1973 vino a refinarse con la confrontación de los “escuadrones de la muerte”⁶.

En 1976, Jorge Rafael Videla toma el poder y pretendía reprimir a la subversión durante su gobierno, para esto el señor Videla crea un sistema de operativos y lugares de detención clandestinos. Las fuerzas encargadas de las operaciones de retención operaban al margen del sistema legal, de manera paralela a los órganos oficiales y estaban autorizadas por el gobierno.

En estos lugares clandestinos de detención, se sometía a los retenidos a interrogatorios y torturas con el fin de obtener información. Las operaciones se realizaban en la noche y muchas de estas personas murieron.

⁵ THEISSEN MOLINA. Ana Lucrecia. La desaparición Forzada de personas en América Latina. www.derechos.org/koaga/uii/molina.html.

⁶ Ibídem

Por todos estos hechos se adelantaron investigaciones penales contra altos funcionarios del ejército, que culminaron con la condena de nueve militares en 1985 y algunos oficiales en 1986⁷.

1.2 Resúmenes Analíticos De Investigación (RAI)

RAI #1

Tema: Ley de Justicia y Paz, un balance de su primer lustro

Autores: Germán Darío Valencia Agudelo, Carlos Alberto Mejía Walker

Institución donde se llevó a cabo la Investigación: Universidad de Antioquia

Tipo de trabajo: Tesis de pregrado en derecho

Problema de investigación: Analizar el desarrollo de la Ley de Justicia y paz en sus primeros 5 años.

Objetivos:

GENERAL. Determinar si los resultados que ha tenido la ley en los primeros cinco años de vigencia son positivos y si son los que se esperaban obtener en el momento de expedición de la misma.

ESPECIFICOS. * Determinar las cifras que ha arrojado cada uno de los diferentes programas de la ley de justicia y paz.

Fuentes: Se consultaron 2 leyes, 2 estudios estadísticos del DANE.

Año: 2010

⁷ GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. Crímenes de Lesa Humanidad, Págs. 257, 258. Editorial Augusto Ibáñez. Bogotá D.C, 1998.

Metodología: Los autores utilizan in metodología descriptiva con el fin de destacar los aspectos centrales de la Ley de Justicia y paz en sus primeros 5 años de aplicación y de allí realizar sus primeros balances.

Desarrollo:

En el año 2005, en el mes de junio, el Congreso de la República aprobó la ley de Justicia y Paz, un ambicioso programa para lograr la desmovilización y reinserción de grupos armados al margen de la ley, ya bien estas desmovilizaciones se hicieran de manera colectiva o se hicieran de manera individual. Esta ley cuenta con sus adeptos, y obviamente con sus detractores. Quienes la defienden se basan en los resultados que de esta se han tenido, como el gran número de desmovilizaciones provenientes de todos los frentes del conflicto (extrema derecha y extrema izquierda), el conocimiento de sinnúmero de hechos que antes a esta ley o no se conocían o era poco probable dilucidar por medio de la investigación, además de haberse hallado gran número de fosas comunes y cadáveres que el trasegar de estos grupos dejó en las distintas regiones del país.

De manera irónica los detractores se basan en las mismas cifras para cuestionar su alcance, pues para estos demuestran un alcance corto de la aplicación de la ley.

Dentro de la historia del conflicto siempre ha existido un sector de la sociedad interesado en buscar una salida negociada al conflicto. En este marco se ha buscado la creación de distintos marcos para la solución al mismo, que parten desde lo legal y que incluso, llegan a lo constitucional, como fue el ejercicio de la Constituyente de 1991. La ley de justicia y paz es el último intento que se hace de este tipo, buscando proporcionarles las herramientas necesarias a las personas o grupos que habiendo participado del conflicto armado, ahora quieran colaborar con la reconciliación nacional.

Esta ley trae 3 puntos de los 4 que debe contener toda ley de carácter transicional: (1) Acciones judiciales contra los autores individuales de crímenes, ya sea por medio de tribunales nacionales o internacionales; (2) la promoción de iniciativas de búsqueda de la verdad para esclarecer abusos pasados y construir la memoria histórica; y (3) *la reparación*, tanto material como inmaterial, de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

El proceso de Justicia y Paz comienza, naturalmente, con la desmovilización. Una vez desmovilizados, el Gobierno Nacional procede a postular a los excombatientes de los grupos armados organizados al margen de la ley a los trámites y beneficios propios de la Ley de Justicia y Paz. Acto seguido, se da inicio al proceso judicial de Justicia y Paz, con el objeto de investigar y juzgar las conductas delictivas cometidas por los postulados en razón de su pertenencia a la organización armada al margen de la ley de la que se trate. Esta etapa culmina con la imposición de una pena alternativa de prisión entre 5 y 8 años.

Se prosigue con un análisis de los resultados en su implementación, de los cuales entre agosto de 2002 y julio de 2010 se desmovilizaron 53.659 integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley. Del total de desmovilizados individuales y colectivos, 4.346 han sido postulados a la Ley de Justicia y Paz. El objetivo perseguido con dicha postulación es, con la correspondiente obligación de contribuir a la verdad y a la reparación de las víctimas, ser beneficiados con una pena privativa de la libertad no mayor de ocho años. Asimismo, se destaca el hecho de que a raíz de la confesión y demás declaraciones de los postulados dentro del proceso de Justicia y Paz, se ha permitido la compulsa de copias hacia la justicia ordinaria para la investigación penal de personas con cargos de responsabilidad, muchos de los cuales –congresistas, gobernadores y alcaldes–, investigados dentro de lo que se ha denominado el proceso de la *Parapolítica*.

Resultados:

A pesar de los indicadores en materia de diligencias realizadas es necesario referir que falta avanzar significativamente en obtener “la verdad”. El derecho a la justicia, y sin pretender reducirlo a la mera imposición de medidas privativas de la libertad, éste es uno de los aspectos con menores resultados en el proceso, después de cinco años. El derecho a la reparación, fundamental en esta ley, en resultados presentados hasta julio de 2010 se refieren, solamente, a sumas de dinero entregadas a las víctimas por concepto de reparación administrativa.

RAI #2

Tema: La ley de justicia y paz y el derecho penal internacional. Algunos aspectos problemáticos.

Autor: Christian Wolffhügel Gutiérrez

Problema: Las contradicciones existentes entre los textos de la Ley de Justicia y paz y el articulado del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Objetivos: GENERAL. Establecer si los subrogados penales de la ley 975 no dejan más bien un sabor a impunidad para todas aquellas personas que él algún momento fueron víctimas de los beneficiados por esta ley como lo son los grupos armados en Colombia.

ESPECIFICO. Determinar las discrepancias que existen entre la normatividad Colombiana y los diferentes pronunciamientos por parte de la Corte Penal Internacional en materia de desaparición forzada.

Fuentes: se consultaron 5 sentencias de (CIDH), 2 sentencias Corte constitucional, el estatuto de Roma y textos de derecho penal.

Institución donde se llevó a cabo la Investigación: Universidad Sergio Arboleda Bogotá

Año: 2008

Metodología: la metodología utilizada por el autor fue la comparación entre el Estatuto de Roma y la Ley de justicia y paz, basándose esto en la doctrina de diferentes autores como Uprimny, Ambos, Meyes, entre otros, y tomando como referencia clara para ubicar las tensiones tres puntos clave del Estatuto a los que la Ley de Justicia y Paz contrariarían.

Desarrollo:

La Corte Penal Internacional es una institución permanente con la competencia para ejercer jurisdicción de carácter penal en lugares del mundo donde no ha obrado la justicia interna, es decir que es una Corte de carácter supletorio.

Se empieza por estudiar si las penas establecidas en esta ley bajo la denominación de “penas alternativas” que oscilan entre 5 y 8 años, están acordes con la gravedad de los delitos que se han cometido. La Corte Constitucional en una sentencia sostiene que es un camino válido para la búsqueda de la paz en el país este tipo de condenas pues no “entraña una desproporcionada afectación a la justicia”. Aun así, algunos doctrinantes consideran totalmente desproporcionada esta pena alternativa con las penas que se les impondrían a los sujetos activos en caso de serles comprobadas tales conductas por fuera de esta ley, con penas que oscilarían entre 40 y 60 años. Así mismo, la condena a que estas penas alternativas sean extendidas a delitos de lesa humanidad.

El acceso a la justicia y a la misma como derecho es otro punto en el que el autor se detiene, pues no es suficiente que dentro del ordenamiento jurídico se active el aparato y se hagan ciertas diligencias para demostrar que si hay una intención de hacer justicia, sino que esta debe llegar de la manera más pronta posible y asegurando que la víctima conozca la verdad del acaecimiento de los hechos que sufrió. Esto parece poco posible dado el poco despliegue que se ha tenido en

cuanto a la extensión de tribunales y jueces de justicia y Paz, así como de fiscales e investigadores.

Por medio de la ley 742 de 2002 se incorporó al ordenamiento colombiano el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, trayendo consigo un cambio constitucional para permitir que este fuera adoptado. El Preámbulo de dicho estatuto tiene como fin perseguir, juzgar y ponerle fin a todo tipo de impunidad de latrocinios. En concepto del autor, acá se encuentra una primera gran contradicción entre lo que se establece en el Estatuto de Roma y la Ley de Justicia y paz, pues bajo el entendido de la segunda, que garantizaría la impunidad en muchos casos, el segundo está en la obligación de perseguir. Existe impunidad cuando las penas no son proporcionales a las conductas cometidas y cuando las víctimas no reciben un resarcimiento por los daños percibidos.

El segundo punto donde se detiene el autor para expresar otra grave contradicción está ubicado en el de complementariedad del Estatuto de Roma, que funciona en el entendido que la CPI actuará donde la justicia nacional no ha querido o no ha podido actuar.

Finaliza el autor reconociendo que la paz como derecho constitucional al cual no solo puede renunciar sino que además debe propender por él, aunque esto no implique anteponerlo a otros principios, como lo son la justicia y la verdad. En el desarrollo práctico de la Ley los principios que acá se esbozaron como su parte fundante (Justicia, verdad y reparación) no se están cumpliendo de manera satisfactoria, aunque se reconoce que esto puede cambiar en el transcurrir de los hechos.

Resultados:

La ley de justicia y paz no se puede entender como un instrumento de impunidad puesto al servicio de unos vulgares delincuentes. Antes que los derechos de

quienes fueron los victimarios deben estar presentes los de las víctimas. Si bien la paz es un fin deseable para todos, además de un derecho constitucional, el coste de esta no puede estar sujeto a la impunidad y a la mentira, más en un país que ocupa el segundo lugar de desplazamiento a nivel mundial y dentro de un conflicto armado en el cual se ha venido descubriendo que se encuentran inmersos poderes políticos los cuales se hace necesario develar.

Propuesta: Para arribar a esa conclusión en el caso colombiano, sería indispensable, en primer lugar, castigar a los mismos –(que no se sabe si son todos los que están) a penas adecuadas; en segundo lugar, sería indefectible conocer la verdad de lo sucedido en relación con lo que hicieron; y, en tercer lugar, se tendría que reparar a los miles de víctimas. Como se observa, se trata del cumplimiento de estándares que en este momento no se vislumbran de una manera clara.

RAI #3

Tema: La desaparición forzada en Colombia, un mecanismo estatal para controlar y disciplinar a la oposición política y a la sociedad en general

Autor: Sergio Enrique Cáceres Trimiño

Institución donde se llevó a cabo la Investigación: Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá

Tipo de trabajo: Tesis de pregrado en derecho.

Problema: Se podría contemplar desaparición forzada como un mecanismo eficaz a la hora de ejercer un control social y político útil sobre la oposición política?

Hipótesis: La situación política colombiana desde la década de los 70's ha estado marcada por una ambigüedad y una doble fachada. Por un lado se

enmarca en un sistema político democrático que permite que la sociedad y sectores de esta se movilicen para participar del juego democrático. Pero por el otro lado, aplica acciones en contra de los principios democráticos, tales como la desaparición forzada y el asesinato extrajudicial, para limitar la organización de la sociedad civil en cuanto a la defensa de los valores políticos democráticos.

La aplicación de la Desaparición Forzada en Colombia desde sus inicios que data desde la década de los 70's, se ha desarrollado de la mano de sectores y organismos de seguridad que tienen relación directa o consentimiento de las elites gobernantes del Estado Colombiano.

Objetivos: GENERAL Analizar el cuándo y por qué el Estado desarrolla prácticas de desaparición forzada en Colombia, y cómo las víctimas reaccionan frente a esta.

ESPECIFICOS-Explicar por qué la figura de la desaparición forzada ha sido un mecanismo eficiente de control de la sociedad en general para el Estado colombiano

-Exponer los diferentes casos de desaparición forzada en Colombia.

Metodología: El investigador adoptó categorías a partir de la filosofía política, para estudiar el fenómeno de la desaparición forzada como mecanismo útil y eficiente del Estado para controlar la oposición política y disciplinar a la sociedad en general.

Fuentes: Se consultaron 2 revistas de ciencias políticas, declaraciones y estatutos de organismos no gubernamentales.

Año: 2009

Desarrollo:

El autor comienza con un análisis materialista histórico de los primeros 70 años del siglo XX, donde la lucha de clases entre el proletariado y un Estado Burgués legitima entre los partidarios de este último las acciones que conducen a la desaparición forzada.

Se toman en cuenta en el transcurso histórico sucesos que sin duda alguna tienen especial connotación en la historia colombiana, como es el caso del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán que tuvo como resultado un abierto enfrentamiento entre dos bandos en disputa, y posteriormente, el Frente Nacional, que según lo esbozado por el autor, legitimó la “violencia revolucionaria” de las personas que optaron por imponer la toma del Estado por la vía armada al ver que el Estado democrático estaba socavado con la repartición burocrática entre Liberales y Conservadores.

El autor, tomando como base la teoría marxista, identifica al Estado como el representante de unas élites a las cuales está decidido a defender y que para eso se vale de ciertos medios, uno de los cuales incluye a la desaparición forzada, y que tiene como objetivo “neutralizar, eliminar y desarticular manifestaciones de oposición política en el sistema político y en la sociedad en general que vayan en contra de sus intereses”.

Posteriormente pasa a hacer un recuento de la historia de la desaparición forzada en un ámbito internacional, comenzando por el referente obligado: el régimen Nacional Socialista en Alemania en el que los mecanismos de desaparición forzada pretendían controlar cualquier aviso de levantamiento popular contra el régimen y crear miedo entre los opositores, y se valían de dos formas para cumplir con estos objetivos: No dejar el menor rastro de la desaparición de la víctima y que no se otorgue ningún dato sobre la desaparición de la misma.

La desaparición forzada sería importada a América Latina por medio de las resistencias que crearían las distintas dictaduras militares a lo largo del continente a cualquier intento de oposición. Dice el autor que el principal patrocinador de

estas conductas habría sido el gobierno de Estados Unidos, que además se encargaría de instruir a militares de distintos lugares en técnicas de tortura y desaparición forzada a través de la Escuela de las Américas.

Resultados: El estudio concluye que claramente en Colombia se presentan dos etapas distintas en el estudio de las desapariciones forzadas, una primera comprendida por el espacio de tiempo ocurrido entre 1960 y 1991, donde el accionar de las fuerzas del Estado contra la insurgencia conllevaron a una generalización y una legitimidad del uso de la desaparición forzada como instrumento de guerra, y una segunda, posterior a 1991 al día de escritura del trabajo, en el cual los terratenientes estrecharían fuerzas con sectores mafiosos para constituir lo que se conoció en Colombia como paramilitarismo.

El autor hace un especial énfasis en el periodo del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez, donde demuestra por medio de las cifras que en este periodo hay un incremento en la denuncia de los casos de desaparición forzada y desaparición forzada ligada a otros fenómenos, como lo es las ejecuciones extrajudiciales.

Conclusiones: Las desapariciones forzadas se enmarcan en un antes y un después de la Constitución de 1991, ya que esta utilizada como medio de coacción sobre la oposición política se vería reducida por los diferentes elementos de participación que están inmersos en la Carta Magna.

RAI #4

Tema: Declaración de responsabilidad del Estado frente a la ocurrencia de desaparición forzada cometida por particulares.

Autores: Diego Omar Pérez Salas, Miguel Ángel Peña Lizcano, Orangel Manzanares, César Iván Campos Ocampo, María Jimena Carrera, Leidy Quintero

Problema de Investigación: ¿Doctrinal y jurisprudencialmente cual es el régimen de responsabilidad aplicable al Estado Colombiano frente a las víctimas de desaparición forzada, a la luz de la constitución de 1991, el derecho colombiano y el derecho comparado?

Objetivos: GENERAL. Establecer bajo qué régimen de responsabilidad se hacen las condenas al Estado, por el delito de desaparición forzada de personas en los diversos sistemas jurídicos.

Fuente: consultaron 3 sentencias de la Corte constitucional, y 4 libros de reconocidos y destacados autores en derecho penal.

Metodología: Para esta investigación, se tuvo en cuenta que se trata de una investigación de carácter descriptivo, por lo que se realizó un proceso sistemático de análisis e interpretación de jurisprudencia nacional e internacional, así mismo de la doctrina que sobre el objeto de investigación se ha desarrollado.

Año: 2008

Desarrollo: La desaparición forzada es un desafortunado fenómeno social, que contrario a la creencia general, no sólo es cometido por agentes estatales ni tampoco es necesario que esté enmarcado en un conflicto armado. Este crimen está considerado como de lesa humanidad en cuanto viola distintos principios humanos como lo es la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Se hace un análisis de cómo en Colombia se ha venido adecuando su legislación a las declaraciones de organismos como la ONU, además entendiendo el contexto de conflicto armado en el que se encuentra sumido un sector de la población colombiana. La condena a la desaparición forzada adquiere rango constitucional con el artículo 12 de la Carta Magna. A pesar de estos intentos los casos de

desaparición se seguirían cometiendo por parte de la FARC, las Fuerzas Armadas regulares y los paramilitares.

Ante estos hechos surge la inquietud de cómo las víctimas tendrán acceso a los medios judiciales para demandar al Estado para estos casos y si acaso las actuaciones de los paramilitares, que según la jurisprudencia internacional son grupos aupados desde el mismo Estado, se enmarcarían como de responsabilidad estatal. Así mismo, como sería el actuar de la justicia ante casos cometidos por grupos guerrilleros como la FARC.

Prosigue el trabajo con el ánimo de identificar cuando estos actos son cometidos por el Estado y cuando son cometidos por particulares, y en estos últimos casos como obraría el acceso a la justicia y a la reparación. Así es que se determina que para que el Estado responda se deben configurar ciertos elementos, como cuando falte a su deber de defender los derechos humanos, o cuando por su obra u omisión se cometen delitos de lesa humanidad.

Resultados:

A manera de conclusión, se tiene que las autoridades al capturar o retener a personas, adquieren una obligación de resultado de carácter constitucional y legal, cuál es la de salvaguardar en su integridad física y psicológica y devolverlo a la libertad en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de la captura, cuando ello no se cumple, como sucede en los casos de desapariciones forzadas, la administración comete una falla del servicio, en virtud del no cumplimiento de las obligaciones a las que está sujeto.

Aquí la administración falla en el cumplimiento de su obligación de seguridad” que debe proveer a quienes están bajo su custodia y por ello se le responsabiliza, condenando a la nación al pago de perjuicios.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1 Marco Jurídico

2.1.1 Desaparición forzada

La desaparición forzada surgió como una práctica generalizada de los Estados totalitarios, con el fin de eliminar a disidentes políticos, cuyos antecedentes se remontan a técnicas de represión empleadas por Luis XVI, Napoleón Bonaparte, Stalin y Hitler⁸

El tipo penal de la Desaparición forzada nació principalmente en Latinoamérica, a partir de la segunda mitad del Siglo XX, tiempo en el cual hubo un sin número de dictaduras que llevaron a usar esta forma degradante de la dignidad humana, como herramienta para desaparecer a aquellas personas que iban en contra del régimen del dictador, o que alzaban una voz de protesta por las injusticias cometidas, etc. No obstante, la desaparición forzada también ha sido considerada como un “Crimen de Estado, una práctica del gobierno o de agentes de éste, con el objetivo de deshacerse de opositores políticos, eliminar evidencias de asesinatos y luego negar cualquier información sobre el paradero de los desaparecidos”⁹

En Colombia, el tipo penal de Desaparición forzada no tuvo reconocimiento sino hasta el año 2000 con la promulgación de la Ley 569, que consagró:

Art. 268A. Desaparición Forzada: El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de

⁸ MADRID MALO-GARIZABAL, Mario. Tres crímenes contra la humanidad. Escuela Superior de administración Publica. Bogotá, D.C, 1989.

⁹ BRIJALBO ACOSTA. María Alejandra. ANÁLISIS DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS55.pdf>. CONSULTA: Miércoles, 20 de Marzo de 2013

su libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

A la misma pena quedará sometido el servidor público o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior

Posteriormente, se expidió la Ley 599 del 2000, la cual incluyó el tipo penal en el artículo 165, sin realizar modificación alguna.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C 317 de 02 de Mayo de 2002 declaró la inexequibilidad de la expresión “*que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley*” por considerar que dicha expresión reduce significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política, el cual consagra que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En lo que respecta a la protección internacional para personas que han sido víctimas directa e indirectamente de la desaparición forzada, se encuentran tres instrumentos internacionales:

1. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas
2. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas: ratificada por Colombia mediante Ley 707 de 2001
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

4. Estatuto de la Corte Penal Internacional

Cada uno de estos instrumentos internacionales, como también doctrinantes, han establecido diferentes conceptos de Desaparición Forzada, dentro de los que se encuentra:

- “Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes.

Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”¹⁰

- “Se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”¹¹

¹⁰ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas. Artículo 1. Aprobada por la Asamblea General Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992.
[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument)

¹¹ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas. Artículo II.
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>

- “Por ‘desaparición forzada de personas’ se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”¹²
- “Es la privación legal o ilegal de la libertad de una persona con la participación y aquiescencia de un servidor público con el propósito de ocultarla física y jurídicamente impidiendo el ejercicio de sus garantías”¹³

Analizando conjuntamente las definiciones, en su mayoría coinciden en calificar el sujeto activo de este tipo penal, pues el Estado aunque en muchas ocasiones no es el autor material de la conducta, es tolerante frente a la misma, lo que lo convierte en sujeto activo de este delito que viola los derechos humanos.

La desaparición forzada se caracteriza por los siguientes elementos:

Sujeto Activo

Si bien, el artículo 165 de la Ley 599/00, en su inciso primero se refiere a los particular, el numeral 1 del artículo 166, considera como un agravante de este tipo penal, cuando la conducta es cometida por quien ejerza autoridad o jurisdicción, para lo cual es necesario entender por “autoridad” o “jurisdicción” la que es ejercida por el Párroco frente de su comunidad, la del padre frente a su hijo, la del servidor público frente a los asociados.

Este delito no encuentra un sujeto activo calificado, ya que aunque se considera que es un crimen de estado, en Colombia se ha ampliado este margen, para

¹² Estatuto de la Corte Penal Internacional. Artículo 7, literal i

¹³ GÓMEZ LÓPEZ. Jesús Orlando. Delitos Contra La Humanidad, Crímenes de Lesa Humanidades. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1998. Colombia.

garantizar los derechos consagrados en la Carta Política, por tanto, podrá ser sujeto activo tanto un particular, como un servidor público.

Sujeto Pasivo

El sujeto es indeterminado, ya que podrá ser agente pasivo de esta conducta toda persona natural sobre la cual se ejecute la misma.

Tipo Penal de Resultado

Para que se configure este tipo penal se requiere de la desaparición real y efectiva del sujeto pasivo, pero además de esto, el tipo penal exige que haya un ocultamiento de la persona y seguidamente una negativa a reconocerla la desaparición, o una negativa a brindar información acerca del paradero del desaparecido.

Bien Jurídico Tutelado

La ejecución de este delito vulnera no sólo la libertad individual, sino que también alcanza afectar bienes jurídicos tales como la dignidad humana, la integridad, la vida, entre otros.

Desde sus inicios la desaparición forzada ha sido considerada un crimen de lesa humanidad, ya que al ser pluriofensivo, es decir, vulnerar diferentes bienes jurídicos, está afectando aún más los derechos de las personas que son sometidas a esta conducta, o indirectamente a los familiares quienes no logran una ayuda directa del Estado pues es este un sujeto activo en la comisión de este delito. Es por esto que la desaparición forzada “evidencia la impotencia que representa el encontrarse permanentemente vulnerable ante el poderío de un

estado omnipotente en todas las instancias: la militar, la paramilitar, la legal, la administrativa”¹⁴

Muchas de las familias que han sido víctimas solamente reclaman una ayuda del Estado, para que a través de sus órganos se llegue a la verdad y a la justicia, pero que así mismo, se brinden garantías de no repetición. Situación está que se aleja de la realidad, ya que al Estado más allá de establecer el paradero de todos los desaparecidos, le conviene más ocultar esta información, ya que en la mayoría de las ocasiones se encuentra involucrado en la comisión de este delito, a través de uno de sus agentes, razón por la cual, es pertinente colaborar no en la búsqueda de la verdad, sino en el ocultamiento de la verdad.

Si el Estado pusiera en funcionamiento toda su maquinaria investigativa, efectivamente se podría establecer el paradero de los cientos de personas que son desaparecidas y que sus familiares lo han denunciado, pero si esto sucediera, el Estado enfrentaría un sin número de demandas ya sea por su acción u omisión en la ejecución de este delito.

Es pertinente poner en evidencia el otro tanto de personas que han sido desaparecidas, pero que no han sido denunciadas ante el Estado, pues sumadas estas con las que han sido denunciadas, encontraríamos un resultado abrumador, que seguramente no aterrará al Estado, por tener conocimiento de las cifras, pero si a la comunidad internacional y demás organismos que protegen los derechos humanos, más cuando de estas miles de personas desaparecidas, muy pocas han logrado recobrar su libertad, o por lo menos, se ha sabido información de ellas.

Con el pasar de los años, las personas desaparecidas aumentan más y más, y las denuncias son pocas, por diferentes razones:

- a. Por miedo a ser víctima de desaparición forzada

¹⁴ ROBLES. Azalea. Colombia: El Crimen de Estado de la Desaparición Forzada de la Democracia. <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=129256>. CONSULTA: Miércoles, 20 de Marzo de 2013

- b. Por poca información por parte de la fiscalía a las víctimas
- c. Por falta de recursos

Lamentablemente esta situación seguirá así, más cuando el Estado pretende principalmente defender sus intereses, antes de los de los asociados.

Por otra parte, estudios sostienen que los índices de homicidio han disminuido, pero correlativamente han aumentado el índice de desapariciones forzadas. ¿Tendrán alguna relación? En realidad sí. Es más conveniente para el Estado desaparecer a todas aquellas personas que vayan en contra del régimen, que alcen una voz de protesta, que expresen sus ideas, que pertenezcan a un grupo diferente, que privarlas de la vida.

Po último, aunque muchas veces el Estado oculte información o impida que las investigaciones cumplan con la finalidad de la verdad, justicia y reparación, existen también organismos internacionales encargados de velar por los derechos de aquellas personas a los que se les ha vulnerado su libertad y han sido privados injustamente. No obstante, hay también que resaltar algunas acciones del Gobierno tendientes a proteger a las víctimas de este delito.

2.1.2 Responsabilidad indirecta de los entes jurídicos. Resumen sentencia administrativo¹⁵

- Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública; basada en el hecho dañoso de sus agentes por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas.
- Se presume la culpa de la persona moral por que esta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente pero dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa.

¹⁵ Fuente consultada: Fallo del Contencioso Administrativo S/F anotada

- Además de esto existe también una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima.
- Responden solidariamente al damnificado, la persona jurídica y el agente infractor con el derecho de la primera a ser rembolsada por el último.
- La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe a los tres años, contra el autor si se trata de infracción penal en lapso de prescripción de la pena o en veinte años si es de cuasidelitos.
- Le sirven de arraigo a esta doctrina especialmente los artículos 2347 del C. Civil que tratan de responsabilidad indirecta por los hechos llamados ajenos.

2.1.3 Responsabilidad directa.

La responsabilidad directa de la persona jurídica por el quebranto patrimonial y moral que a terceros ocasionare a culposamente sus agentes en ejercicio de sus atribuciones con ocasión o pretexto de estas. Dicha responsabilidad del estado es conocida con el nombre FALLA EN EL SERVICIO PÚBLICO.

- Responsabilidad directa de los entes morales públicos y privados.
- La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata la persona jurídica porque la culpa de sus agentes cualquiera que estos sean es su propia culpa subsiste por tanto como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado.
- Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes propias de la responsabilidad por los hechos ajenos de las personas naturales que contempla el art. 2347 del C. Civil no explican la responsabilidad de los entes morales y desaparecen en consecuencia las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones.

- La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito), hecho de terceros o culpa de la víctima.
- Responden del daño solidariamente la persona jurídica y el autor y aquella puede exigir de este el valor de la reparación satisfecha a la víctima.
- La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común en 20 años, contra el agente en 3 años.
- Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales del art. 2341 del C. Civil fundamento general de la responsabilidad extracontractual.

a.1. Variantes de importancia en la responsabilidad directa en la jurisprudencia de la Corte en relación con las personas morales y publicas y públicos y otras con respecto a estas últimas únicamente.

- La primera consistió en la adopción de la tesis organicista, según la cual los agentes de la persona moral se dividen en dos grupos. El de los directores y representantes depositarios de la voluntad aquella es decir los órganos de la misma. El segundo grupo es el de los auxiliares y sus dependientes ajenos a tales calidades. Conservó esta variante la responsabilidad directa respecto a los hechos de los agentes órganos y la indirecta en lo atinente a los agentes subalternos, con las consecuencias correspondientes a la una y a la otra.
- Apareció la tesis de las FALLAS DEL SERVICIO como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos debe ser satisfecho por la administración, no juega pues necesariamente el concepto de culpa de un agente identificado porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima o en otras palabras la culpa del derecho común localizada en un agente infractor según la tesis de la responsabilidad directa vino a radicarse en el Estado, configurándose

la llamada culpa de la administración o también ya un hombre concreto sino el Estado, en razón del deber primario que explica su existencia de suministrar adecuadamente los servicios públicos al grupo humano que gobierna y representa.

Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación o su nombre debe ejercitar determinados actos que ocasionan daños o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría basada en la culpa *in-eligendo* y en la de *in-vigilando*. Ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad.

2.1.4 Teoría De La Falla En El Servicio

- Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla de servicio o culpa de la administración desaparece en consecuencia la necesidad de mostrar la acción o la omisión de un agente identificado, es suficiente la falla funcional orgánica o anónima.
- Se presume la culpa de la persona jurídica no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos.
- Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño.
- En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima).

- Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas la administración y el agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella.
- Los actos u omisiones dañosos del agente por fuera de los servicios públicos generan una responsabilidad exclusiva del mismo.
- La acción indemnizatoria contra la administración prescribe según las reglas generales por tratarse de responsabilidad directa y la acción frente al agente determinado si lo hubiere en 3 años.
- La Corte ha sustentado esta doctrina en el art.2341 del C. Civil.

2.1.5 Tesis Organicista

La persona física se obliga con respecto a la responsabilidad en los casos en que ella actúa personalmente o cuando interviene expresamente con su voluntad en el acto que ejecuta su subordinado.

La persona moral habría de comprometer su responsabilidad directa cuando actúa su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la responsabilidad especial de aquellas para obligarla pues solamente entonces puede decirse que es la persona moral misma la que obra; en los demás casos no es ella misma la que actúa sino sus agentes del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física.

- En toda entidad jurídica privada o pública hay agentes representativos depositarios de la voluntad de la persona moral y agentes auxiliares no representativos ni depositarios de esa voluntad.

- Solo la culpa de los agentes representativos repercute directamente sobre la entidad moral dado el carácter representativo que ostentan en tanto que la culpa de los agentes auxiliares por carecer de dicho carácter no genera sino una responsabilidad del ente colectivo.
- Subsiste el factor culpa como causa generadora de la responsabilidad y debe por lo tanto probarse el hecho dañoso concreto de un agente determinado.
- Para exonerar la persona jurídica de la responsabilidad por el daño se debe probar un factor extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); si es de un agente auxiliar le basta demostrar ausencia de culpa.
- Prescribe la acción contra la persona moral en el primer caso conforme a las reglas comunes (representativos) y en el segundo (auxiliares) en 3 años.
- Se funda esta tesis en lo que atañe a los agentes representativos en el art. 2341 del C. Civil que ordena responder por el perjuicio causado a otro. En lo que respecta a los demás en los arts. 2347 y 2349.

Esta teoría resulta inequitativa ya que divide los agentes en funcionarios órganos y subalternos auxiliares para que la persona jurídica responda de manera directa de la culpa de los primeros y de modo indirecto por la de los últimos (auxiliares). Dicha crítica se hace porque no hay un motivo que demuestre que es lógico distinguir entre unos y otros agentes y varía en consecuencia la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos que aquellos ejecuten en desempeño de sus funciones, todos ellos cooperan al logro del fin colectivo cualesquiera que sean sus calidades y oficios y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral.

En lo que atañe al Estado dicen que todo agente de la administración así sea subalterno es un representante de la nación poco importa la calidad del autor del hecho, funcionario, empleado o auxiliar o dependencia de la administración.

Vías De Hecho

- La administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder si usa un derecho que no ha sido previa y formalmente reglamentado.

Ejemplo:

Vía de hecho o por falta de derecho. Fuera del derecho de expropiación y del derecho de requisición militar la administración no tiene poder alguno para apoderarse de una cosa perteneciente a un particular especialmente del derecho de confiscación y no tiene el derecho de imponer a los ciudadanos el trabajo personal obligatorio y gratuito, fuera del reclutamiento militar y de las prestaciones vecinales. No tiene el derecho de mantener en prisión a un ciudadano sin juicio por medida de policía.

- La administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder si usa un derecho que posee realmente pero sin observar los procedimientos que le son impuestos, protectores de los intereses de terceros.

Ejemplo:

Vía de hecho por falta de procedimiento. De otro lado para ejercer los poderes de la administración el poder público está obligado a observar los procedimientos consagrados y si ejerce poderes aún legales fuera de todo procedimiento o con procedimientos que no son los pertinentes, es como si obrara en absoluto sin poderes.

2.1.6 Definición De Operación Administrativa

Consiste en el ejercicio de un derecho que ha sido reglamentado en provecho de la administración con empleo del procedimiento correspondiente.

- Responsabilidad sin falta: Se plantea siempre que en la gestión de esos servicios públicos produce el Estado a un particular un daño y le proporciona un perjuicio por motivo de interés público y con autorización legal. Por ejemplo, el Estado para la ejecución de una obra expropia un inmueble de propiedad particular, ocupa ciertos terrenos, perjudica una finca, desvía unas aguas de las cuales sacamos provecho; nos impone una prestación o por motivo de instrucción militar cause daño en nuestra propiedad, ¿no hay que hablar de la responsabilidad del funcionario pues ajustó su conducta a la ley pero y el Estado? El Estado ha obrado con sujeción a la ley, el funcionario no se ha extralimitado. Debe hablarse por tanto no de responsabilidad sino de la obligación a indemnizar.

2.1.7 Daño Especial

Tiene su fundamento en la teoría de equilibrio en las cargas públicas, todos los ciudadanos por el simple hecho de serlo están sometidos a unas cargas que el estado voluntariamente les puede imponer como por ejemplo los impuestos, servicio militar, someterse a las normas de policía y sus órdenes. El hecho de ser ciudadano implica a este una serie de deberes y responsabilidades para con el Estado y la sociedad. Estas cargas deben estar equilibradas en el sentido de que los ciudadanos por igual deben soportar las mismas cargas impuestas sin ningún perjuicio. El Estado le puede imponer a un ciudadano una carga producto de una actividad lícita y necesaria por parte del Estado, ya que resultaría injusto que ese ciudadano asumiera solo una mayor carga. Con fundamento en la teoría del daño especial, a este se le aliviará la carga al ser distribuida entre todos los ciudadanos.

Ejemplo:

Pedro Pérez propietario de un inmueble que colinda con un vía de congestión en el que por órdenes de la secretaria de transito se requiere la construcción de un puente, esta construcción aumenta el impacto ambiental y la inseguridad por lo tanto el inmueble que antes estaba avaluado en 220 millones queda costando 160

millones. Este detrimento patrimonial es por responsabilidad del Estado con ocasión de la construcción del puente por lo tanto no hay responsabilidad del Estado pero si existe la obligación de indemnizar a través de impuestos.

Igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, en tanto que un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás; nada puede reclamar al Estado pero el deber de indemnizar aparece desde el instante en que se produce una carga especial.

Para que el Estado sea responsable por faltas en el servicio se requiere que el acto administrativo y que el hecho ilícito se realicen en función directa con la prestación de un servicio. Si por el contrario el empleado ha utilizado sus facultades con fines fuera del servicio, fuera de los que pueden considerarse como verdadero órgano administrativo deja de existir responsabilidad de la administración.

Derecho resarcitorio

Se manifiesta como la reparación ante el daño ocasionado con carácter excepcional y singular, actos legítimos o ilegítimos. El derecho resarcitorio se extiende para cualquier daño provocado por los órganos del Estado, no reduciéndose exclusivamente en las actividades administrativas.

- No hay daño cuando la limitación proviene de una norma igualitaria y general, es un daño que lo recibe solamente un sujeto o algunos sujetos en forma excepcional; no debe provenir de una norma que vulnera por limitación derechos particulares con carácter general e igualitario.
- El Estado colombiano será responsable de los daños ocasionados en el transporte aéreo cuando quiera que ellos ocurran por falla en el servicio de aeropuertos o en fallas humanas conocidas por las autoridades aeronáuticas o que debieron conocer; o por fallas en los equipos de aeronavegación por no

inspeccionarlos y finalmente cuando quiera que omitieren el cumplimiento de las funciones encomendadas a la entidad para el cumplimiento del mandato con los usuarios del transporte aéreo.

- Responsabilidad conjunta: Responsabilidad de la administración y responsabilidad del agente de esta. En este caso existen dos culpas diferentes cometidas, la una personalmente cometida por un agente de la administración e impersonalmente la otra por el servicio administrativo; han concurrido a la producción del daño. Ejemplo: Cuando un militar sustrae un vehículo del ejército gracias a la negligencia con que eran guardados dichos vehículos. En estas circunstancias el actor podía demandar a aquella o al agente. Si opta por demandar a la administración ésta puede repetir contra su agente porque ella solo es responsable por una falla en el servicio.

Elementos de la responsabilidad por falta o falla en el servicio:

- Una falta o falla del servicio o de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo sino del servicio o anónima de la administración.
- Implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.
- Un daño que implica la cesión o perturbación de un bien protegido por el derecho con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable como que sea cierto, determinado o indeterminable.
- Una relación de causalidad entre la falta o la falla de la administración y el daño, sin la cual aun demostrada la falta o falla en el servicio no habrá lugar a indemnizar.

2.1.8 Responsabilidad por daño especial

Esta responsabilidad excluye la derivada de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla en el servicio o de la administración y lógicamente la derivada de las vías de hecho.

Responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación de manera excepcional y por equidad cuando el obrar de tal modo en beneficio de la comunidad por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que imparta para la administración la existencia del Estado.

La prestación indemnizatoria por daño especial excluye cualquier otra pretensión con igual fin propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o del hecho administrativo, la falta o falla en el servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o vías de hecho.

El Estado ha cumplido pero la nación tributaria de aquel y destinataria de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y por equidad debe concurrir a compensar el daño causado.

El caso concreto:

Toda la actuación realizada por la superintendencia Bancaria en orden a la liquidación del banco Bananero del Magdalena constituye una operación administrativa típica en cuanto todo el proceso de liquidación un conjunto de actos, negocios jurídicos y operaciones materiales cumplidas por los órganos de la superintendencia Bancaria que disponían la toma de posesión del banco y la

liquidación. Toda esta compleja actuación se enmarca dentro del concepto de operación administrativa.

Los conceptos de acto administrativo escrito y de acto administrativo no escrito tienen incidencia directa en la noción de operación administrativa. Son categorías jurídicas complementarias. En ambos casos hay una actividad voluntaria del Estado que se exterioriza de manera diferente. En el acto el querer de la administración se limita a establecer la situación jurídica (En derecho público no todo daño genera la obligación de indemnizar, en los mismos términos que en derecho privado, que se basa en la justicia comunitaria y que nadie puede causar daño a otro. Sólo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar), en la operación la voluntad estatal aplica los derechos y obligaciones ya regulados por el acto, los realiza en su totalidad y los hace producir la plenitud de sus efectos empleando para ello procedimientos escritos, verbales o simples materiales.

La operación administrativa es el proceso de ejecución de la ley y de un acto. La norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación lo ejecuta.

La operación y culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho y que siempre esté vinculado inmediatamente a la ley e inmediatamente a un acto de la administración expreso o tácito.

Se puede clasificar:

- Operación dependiente de un acto escrito: La decisión administrativa que le sirve de apoyo aisladamente considerado aplica el estatuto superior de derecho y establece una relación jurídica entre el Estado y los particulares afectados por ella. Una vez que ese acto se ha perfeccionado queda amparado por la presunción de legalidad que engendra para la administración pública el privilegio de la ejecución

oficiosa. El ordenamiento es ejecutorio y oponible. Si la persona interesada lo acata, no habrá oportunidad actuaciones ulteriores; si no lo acata el poder público podrá utilizar los procedimientos legales de compulsión escritos o verbales y realizar los actos materiales indispensables para ejecutar el ordenamiento. Este sistema de imposición unilateral y de actuación material es lo que constituye la operación administrativa.

- Operación dependiente de un acto no escrito: el gobierno y actos administrativos de ejecución inmediata la decisión no se escribe y se realiza.
- Operación administrativa de liquidación tributaria: en las clasificaciones de actos hay siempre una decisión verbal o escrita, una exteriorización de la voluntad del Estado enderezada a producir determinados efectos de hecho y de derecho. Los hechos fundamentales de la demanda en la primera etapa de su desarrollo revelan la existencia de una operación administrativa dependiente de un acto no escrito y no la de un hecho administrativo.

Responsabilidad por daño especial

La demanda deriva su pretensión indemnizatoria en forma principal de la responsabilidad por falta objetiva, por razón del daño especial recibido ya que en su concepto la toma de posesión y consiguiente liquidación del Banco Bananero del Magdalena significaron un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas que sitúa la cuestión en la órbita de la responsabilidad objetiva de forma que provocado el daño producido surge la obligación de indemnizarlo por la carga pública que puede implicar la toma de posesión y el proceso de liquidación no tiene el carácter de una carga especial sino que es una carga general que pesa sobre toda institución de crédito.

La carga general no tiene como causa eficiente un poder discrecional de la Superintendencia sino unos hechos u omisiones imputables a la institución

vigilada y controlada, la carga en la referencia además de tener como fuente la ley común a este tipo de establecimientos es el efecto jurídico de una mala gestión cuyas consecuencias deben conjurarse de inmediato para evitar males mayores y posiblemente irreparables.

Tiene la obligación de asumir los efectos que la ley tenga previstos en relación con la principal conducta, ello comporta una carga pública de carácter general.

No hubo carga especial desigualdad o posición imprevisible en este caso sino medida y proporcionalidad y afirmar que pocas veces se ve una actuación más ajustada a la ley y a las circunstancias que lejos de producir un daño especial, produjeron un beneficio a los administrados destinatarios de la actuación oficial.

Responsabilidad por falla o falta en el servicio:

Le incumbe al actor probar no solo la falta en el servicio sino la existencia de daño y la relación de causalidad entre aquella y este.

Demostrados estos extremos, habrá lugar a deducirle la responsabilidad del Estado a menos que se demuestre la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito.

Examen de los factores y circunstancias que se aducen en la demanda como generadores del daño cuya reparación se reclama:

Se produjo dictamen pericial en la forma presunta por la ley, dictamen que arrojó un valor de \$7.72.545, mal podría entenderse la estructuración de una falla en el servicio cuando la administración se ciñe en un todo a las exigencias de la ley

El presidente del banco autónomo para la compra de esas acciones en este caso no se demostró daño alguno. No puede tratarse de deducirse responsabilidad al

Estado por una negociación que se hizo para cumplirse un mandato de los accionistas en la forma y los términos que ellos mismos indicaron.

Bienes muebles valuados por peritos por \$1.595.618.

No se demostró que la rebaja de honorarios hubiera sido realmente hecha por el abogado.

No hay una falla demostrada de la administración o un daño o lesión para la parte demandante sin respaldo de hecho y de derecho.

La responsabilidad directa o indirecta por culpa del Ha quedado resuelta desfavorablemente al afirmarse que es inútil buscar en las normas de dicho estatuto de derecho privado las fuentes de la responsabilidad Extracontractual del Estado

Fallo del Consejo:

Absolver a la nación de todas las súplicas de la demanda presentada por el Banco Bananero del Magdalena en liquidación.

Por fuera de la sentencia, la verdad no entendimos bien la sentencia y lo sacamos de resúmenes de semestres anteriores.

2.2 El proceso de paz Colombiano

2.2.1 La comunidad internacional y la persistencia de la impunidad en Colombia¹⁶

Desde la década de 1990 en la comunidad internacional se ha generado un intenso debate sobre la impunidad que se extiende sobre los autores y partícipes

¹⁶ FRÜHLING, Michael. Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Universidad Externado de Colombia

de aquellos crímenes atroces cuya realización constituye, en palabras del Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, “una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.

Entre estos crímenes se figuran diferentes conductas como la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada, la tortura, el homicidio, y los tratos crueles en personas protegidas por la normativa humanitaria, la dirección intencional de ataques contra la población civil, el desplazamiento de la misma, el reclutamiento de niños y la toma de rehenes.

Los grupos armados ilegales en Colombia de desde hace varios años, vienen sometiendo a la sociedad y al Estado Colombiano a sus violentas actuaciones. Estos delitos de los cuales se puede tener como único responsable a los grupos mencionados y a sus integrantes, han venido quedando en total impunidad, y hasta el momento ha favorecido a sus responsables, es por esto que se ha suscitado el enérgico rechazo de la comunidad internacional. En abril del año 2003 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU expresó al respecto:

“La Comisión condena enérgicamente la persistencia de la impunidad en Colombia, especialmente con respecto a las violaciones y los abusos de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Insta al Gobierno a adoptar las medidas adicionales que sean necesarias para poner fin a la impunidad y recuerda la importancia de lograr que todo el peso de la ley recaiga en los responsables por los delitos cometidos, enjuiciándolos en tribunales civiles de conformidad con las normas internacionales del juicio imparcial. Subraya que

ninguna solución que tenga el conflicto debe conducir a la impunidad por tales delitos”¹⁷

El estado Colombiano ejerce competencias legítimas cuando, en desarrollo de un proceso para conseguir la paz, contempla la posibilidad de adoptar un sistema alternativo de penas pretendiendo que mediante su aplicación logre superar el conflicto armado a través de negociaciones políticas, y de esta manera conseguir el retorno de los miembros de grupos armados ilegales a la convivencia pacífica y al respeto por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, dicho sistema puede ser puesto en práctica siempre y cuando no menosprecie los bienes jurídicos fundamentales de quienes, dentro o fuera del contexto de un conflicto armado, han sido víctimas por las acciones de los mencionados grupos.

Cabe también mencionar que el respeto por los derechos humanos debe ser primordial en todas las actuaciones que desarrolla el Estado Colombiano para considerar, crear, aprobar y aplicar un sistema de alternatividad penal con respecto a los miembros de los grupos armados ilegales. Para lograr el cese de actividades delictivas de estos grupos es necesario que las autoridades colombianas que se encargan de crear las leyes, de interpretarlas y de aplicarlas tengan como horizonte los ya mencionados derechos de las víctimas.

Ahora bien desde el punto de vista del derecho internacional uno de los principios básicos es aquel según el cual las violaciones graves que se presenten a los derechos humanos y toda infracción grave del derecho humanitario genera la obligación de reparar a la víctima o a sus derechohabientes.¹⁸

¹⁷ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Declaración de la señora Najat Al-Hajaji, Presidenta del 59 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre Colombia, Ginebra, abril 24 de 2003, párr. 18.

¹⁸ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), Princ. 36.

Por ello los procesos de negociación de paz que se desarrollen entre el Estado Colombiano y los grupos al margen de la ley se deben enmarcar en un conjunto de normas que decreten la ejecución de acciones no colectivas de reparación, restitución, indemnización, rehabilitación, y el otorgamiento de mecanismos que garanticen la no repetición de las conductas con las cuales se quebrantan el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los conflictos armados.

Las normas sobre reparación de víctimas se rigen por cuatro principios internacionales

1º La reparación ha de ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad del crimen y a la entidad del daño sufrido.

2º El Estado deberá esforzarse por resarcir a la víctima cuando el responsable de la conducta ilícita no haya podido o no haya querido cumplir sus obligaciones.

3º El Estado deberá repetir contra el culpable de un crimen cuya responsabilidad no le sea imputable cuando haya resarcido a la víctima del mismo.

4º El Estado deberá garantizar la ejecución de los fallos judiciales que impongan, en el orden nacional o internacional, condenas reparatorias a personas o entidades privadas responsables de violaciones de los derechos humanos y de crímenes de guerra.

2.2.2 Medidas legales para cumplir las obligaciones impuestas al Estado como correlato del derecho de las víctimas a la justicia.

Las normas dictadas por el legislador colombiano en materia de reincorporación a la sociedad de integrantes de grupos armados al margen de la ley deberán garantizar a las víctimas que la búsqueda de la reconciliación o el otorgamiento

del perdón no contribuyan al fomento de la impunidad. Por lo tanto, tales normas han de ajustarse, entre otros, a los siguientes criterios:

1. Por regla general sólo deberán aplicarse a miembros de grupos armados ilegales que reúnan las siguientes condiciones:

a. Estar comprometidos en procesos efectivos de diálogo, negociación o firma de acuerdos.

b. Haber dispuesto y hecho efectiva una cesación de hostilidades.

c. Abstenerse de cualquier ataque o amenaza contra la población civil.

d. Haber puesto en libertad incondicional a toda persona que hubieran privado de la misma con infracción de la normativa humanitaria.

2. Deberán contener restricciones que impidan a las personas responsables de los crímenes beneficiarse:

a. Con ciertas causales de exclusión de la punibilidad, como la prescripción del delito y la prescripción de la pena.

b. Con el otorgamiento de asilo territorial o diplomático.

c. Con la negativa a entregarlos a Estados que los soliciten en extradición por la comisión de crímenes reprimidos por la ley internacional.

3. Deberán señalar elementos de cuantificación penal que permitan a los jueces sancionar diferencialmente a los procesados por hechos constitutivos de crímenes internacionales, teniendo en cuenta:

a. La posición jerárquica que ocupaban dentro del grupo armado.

b. Los móviles de intolerancia y discriminación que inspiraron su conducta.

- c. El influjo que en el comportamiento delictivo tuvieron la promesa de remuneración o el ofrecimiento de pago o de precio.
 - d. La intensidad del sufrimiento físico y moral causado a las víctimas.
4. Deberán prever que los autores de los crímenes sólo puedan obtener el beneficio de reducción de la pena cuando en forma patente hayan ejecutado acciones positivas y eficaces para:
- a. Determinar la autoría de los delitos.
 - b. Esclarecer los motivos de los mismos.
 - c. Conocer las circunstancias en que ellos se cometieron.
 - d. Fijar, cuantitativa y cualitativamente, la entidad de los daños y perjuicios morales y materiales causados por la ejecución de las conductas punibles.
 - e. Localizar los cadáveres de las víctimas.
5. Deberán prever que los autores de crímenes atroces cumplan, de manera efectiva, un tiempo de privación de la libertad en prisión, en los lugares y en la forma señalados por la ley.
6. Deberán prever que la aplicación de penas sustitutivas o alternativas de la pena privativa de la libertad para los responsables de crímenes atroces sólo pueda darse cuando con respecto a ellos se reúnan dos requisitos:
- a. Que hayan tenido una conducta de la cual pueda deducirse, seria y fundadamente, que la aplicación de la pena sustitutiva o alternativa no ponga en peligro a la comunidad ni favorezca la evasión.

b. Que hayan realizado, en la forma legalmente prevista, actos de reparación a las víctimas y de cooperación en las actividades dirigidas a la superación del conflicto armado o a la consecución de la paz.

7. Deberán prever que las ya mencionadas sanciones sustitutivas o alternativas no deban ser otras que la de prisión domiciliaria y la de restricción domiciliaria, cumplidas bajo control efectivo de los jueces de ejecución de penas.

8. Deberán prever que los autores de violaciones graves de derechos humanos o de crímenes de guerra sólo puedan ser beneficiados con la libertad condicional después de haber cumplido una parte razonable de la condena, siempre que durante el término de imposición de las penas alternativas o sustitutivas hayan observado una conducta que permita al juez estimar innecesario continuar con su ejecución.

9. Deberán prever que los condenados por crímenes atroces queden, durante un plazo razonable, judicialmente inhabilitados para el ejercicio de cargos oficiales y funciones públicas, de manera que no puedan ser designados para actuar en las corporaciones electivas.

10. Deberán prever que al fondo estatal de reparación ya mencionado pasen los bienes de libre comercio pertenecientes a los responsables de los crímenes atroces, los bienes empleados para ejecutarlos y los bienes provenientes de su perpetración.

11. Deberán prever la apertura de procesos judiciales de extinción del dominio que permitan el ingreso al fondo reparatorio de los bienes adquiridos por los autores de crímenes internacionales mediante enriquecimiento ilícito o con grave deterioro de la moral social.

12. Deberán asignar el control de la ejecución de las penas impuestas a los autores de esos crímenes a un cuerpo especializado de servidores de la rama

judicial que actuarán dentro de plenas condiciones de independencia e imparcialidad.

13. Deberán circunscribir la concesión de amnistías y de indultos a conductas punibles que frente al derecho colombiano tengan el carácter de delitos políticos o de delitos comunes conexos con aquéllos. Como estos últimos sólo podrán considerarse lo que, teniendo relación directa y estrecha con la delincuencia política, no constituyan delitos graves conforme al derecho internacional.

2.2.3 Medidas legales para cumplir las obligaciones impuestas al Estado como correlato del derecho de las víctimas a la verdad.

Además de su derecho a la justicia y a la reparación, las víctimas de crímenes internacionales tienen también el derecho a saber.

La comunidad internacional considera importante evitar que la paz y la reconciliación sean invocadas para olvidar la injusticia o para deformar la historia. La amnesia no sirve para lograr la reconciliación.

Por ello es de desear que todo proceso de negociaciones para la paz entre el Estado colombiano y grupos armados al margen de la legalidad traiga como uno de sus resultados el establecimiento por la ley de una comisión extrajudicial que se encargue, obrando en un marco de plena independencia e imparcialidad, de esclarecer los factores de diverso orden —políticos, económicos, sociales y culturales— que contribuyeron a desatar, a reproducir y a prolongar el conflicto armado interno y a tornar crítica la situación de los derechos humanos.

Esta comisión —que podrá tener una composición mixta, e integrarse con nacionales y extranjeros— deberá conformarse con personas probas e idóneas, cuyo trabajo asegure óptimos grados de eficiencia, solicitud y compromiso. Según las exigencias internacionales sobre la materia, la integración de ese cuerpo colegiado deberá responder a criterios que hagan patente a la opinión pública la

imparcialidad de sus miembros, los cuales tendrán asegurada la inamovilidad y gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para darles cabal protección.

Con arreglo a los principios internacionales, las comisiones extrajudiciales de esclarecimiento.

a. Deberán sujetar su actividad a normas legales que establezcan garantías a favor de las personas acusadas, de los testigos y de las víctimas.

b. Deberán producir un informe final que se hará público en su integridad y tendrá la más amplia difusión posible.

c. Son funciones propias de una comisión de esclarecimiento histórico.

1ª Investigar la conducta de los que a cualquier título se hayan involucrado en hechos constitutivos de violaciones graves de los derechos humanos o de infracciones graves de la normativa humanitaria, en especial de las que tuvieron características de masividad o sistematicidad.

2ª Valorar los elementos de carácter objetivo y subjetivo que contribuyeron a crear las condiciones y circunstancias dentro de las cuales esas conductas atroces fueron perpetradas.

3ª Identificar los factores de índole normativa y fáctica que dieron lugar a la aparición y el mantenimiento de las situaciones de impunidad.

4ª Analizar y describir los mecanismos estatales bajo cuya aplicación se consumaron las conductas punibles.

5ª Identificar por sus características a los diversos grupos de víctimas.

6ª Identificar a las organizaciones implicadas en los hechos de victimización, señalando el rol que en ellos cumplieron.

7ª Mantener los materiales probatorios a salvo de su destrucción o alteración.

8ª Hacer recomendaciones cuya implementación contribuya a disminuir el impacto negativo de los efectos de la impunidad.

Consideraciones finales

Al presentar en 1997 su informe final ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU advirtió el señor Louis Joinet, Relator Especial sobre la impunidad: “A quienes pudieran caer en la tentación de considerar que el Conjunto de principios aquí propuestos podría constituir un obstáculo a la reconciliación nacional, les respondería que estos principios no constituyen normas jurídicas en sentido estricto, sino principios rectores cuyo objetivo no estriba en dificultar la reconciliación, sino en encauzar las consecuencias de ciertas políticas de reconciliación a fin de que, después de la primera etapa, más bien de ‘conciliaciones’ que de ‘reconciliación’, se puedan sentar los cimientos de una ‘reconciliación fuerte y duradera’”

Colombia y sus fuerzas democráticas tienen en estos días el gran reto — y la gran posibilidad— de promover e impulsar procesos de paz donde se logre combinar, fructíferamente, la búsqueda de la reconciliación nacional con el respeto por los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario. La Oficina que dirijo espera que, conforme a las recomendaciones del Alto Comisionado, los colombianos lleguen pronta y brillantemente a responder ese reto. Para ello contarán con el acompañamiento y el vigoroso apoyo de la comunidad internacional y, en particular, con el respaldo de las Naciones Unidas.

2.3 Ley de Justicia Y Paz

En los últimos años, los ideales de Colombia han estado enfocados a reconciliar dos valores y/o principios fundamentales que consagra la Carta Política, y que además se han convertido en algunas de las tareas principales a desarrollar en los diferentes Planes de Gobierno que han tenido la posibilidad de desarrollarse. No obstante, estos valores han llegado a crear diferencias; por un lado, los que defienden la Justicia, sostienen que todos aquellos que cometen delitos que atentan, principalmente los derechos humanos, deben ser juzgados y sobre ellos debe caer todo el peso de la ley, sin lugar a beneficios. Por otro lado, los defensores de la Paz, prefieren sacrificar la Justicia con miras a lograr la tranquilidad que tanto anhela nuestro país.

Nace así, la Ley 975 de 2005, llamada Ley de Justicia y Paz, la cual propone la conciliación de la Justicia y la Paz, dando soluciones a cada uno de los defensores de los dos valores.

Es importante, en primer lugar, hacer una breve referencia al contexto histórico que dio lugar a la expedición de esta Ley, la cual tuvo como antecedente la Ley 782 de 2002 y el Decreto 128 de 2003. Este antecedente histórico se remonta a la creación de las autodefensas, grupos que en sus inicios fueron amparados por el Gobierno y por el Ejército con el fin de todos juntos, luchar y acabar con un grupo armado que iba en contra del ideal político del gobierno: la guerrilla.

Mediante la Ley 48 de 1968 se permitió el porte de armas a los civiles, incluso de algunas que eran de uso privativo de las fuerzas armadas, todo con el fin de combatir la insurgencia que en ese tiempo aterrorizaba a toda la población. Nace entonces, un grupo que no tenía ideal alguno, sino simplemente colaborar al Estado a combatir la “guerra”.

Esta genial idea del Gobierno no tuvo el final feliz, que tal vez inocente, quiso alcanzar al promulgar la ley. La Corte Suprema de Justicia, años después, declaró la inconstitucionalidad de la Ley 48 de 1968 y ordenó le fuera retirado a este grupo, “paramilitares”, todo apoyo de las fuerzas militares, ordenando además procesar a todos aquellos que hubieran cometido crímenes o simplemente aquellos quienes ayudarán a estos grupos. Así, nace este grupo, que se fortaleció en un inicio por ayuda del Gobierno, es por esto, que “el Estado ha jugado un papel importante en el desarrollo de los llamados grupos paramilitares o de autodefensa a quienes permitió actuar con protección legal y legitimidad en las décadas de los setenta y ochenta y es responsable de manera general por su exigencia y fortalecimiento”¹⁹.

Con todo lo anterior, preocupado el Gobierno por lograr una solución que ponga fin, al menos por una parte, fin al conflicto, expide esta ley, que beneficiará a los paramilitares, “un grupo armado sin finalidad política, pues su objetivo no fue otro que neutralizar y exterminar los grupos insurgentes, con métodos sanguinarios y atroces”²⁰.

Para dar soluciones prontas al problema que poco a poco iba creciendo, se expide la ley 782 de 2002, la cual brindó beneficios a los miembros de los grupos armados que entraron en negociación. Con el decreto 128 de 2003 se logro una política de perdón y olvido por parte del Estado Colombiano, suspendiendo condicionalmente la ejecución penal, mediante la cesación del procedimiento, y otra serie de beneficios, con el fin de lograr una verdadera negociación que colaborara con el ideal de justicia y paz.

Posteriormente, se expide la ley 975 de 2005, con un carácter residual. ¿Qué quiso expresar la ley con que ésta tendría un “carácter residual”? Pues bien, todos aquellos paramilitares que no pudieron ser beneficiados o incluidos en las

¹⁹ MORA INSUASTY. Socorro. La Ley de Justicia y Paz en el Marco de la Convención Americana de Derechos Humanos. 1ra Edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2008. Bogotá D.C. pág. 18

²⁰ Ibídem. Pág. 20

garantías que brindó la Ley 782 y su decreto reglamentario 128 de 2003, podrían acceder a los beneficios que ahora brindaría la nueva ley. Lo anterior, muestra una gran especificidad sobre el sujeto pasivo, sobre el cual recaería los efectos de esta ley.

Esta ley, surge como un modelo acomodado de una justicia transicional. En realidad lo que propone “es un conjunto de medidas excepcionales que permiten garantizar la transición de un estado anormal de violencia hacia un orden social y político estable, logrando así un equilibrio en aras de alcanzar la paz y la reconciliación, sin tolerar la impunidad en casos de violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos”²¹. Tal maravilla tuvo muchos contendientes, que quisieron sacar del ordenamiento jurídico esta nueva normativa, por ser violatoria en todo su texto a la Carta Política.

Esta ley generó muchas controversias por varios motivos. En primer lugar, la ley contempla un procedimiento muy distinto al contemplado en la ley 600 o la ley 906, pues en cuanto a la versión del indiciado, le permite a éste contar lo que a bien el tenga, o dependiendo de los beneficios que le den, así mismo colaborar con la justicia. Situación ésta que en nada permite se realice la verdad ni la justicia, pues a ser libertad del indiciado decir lo que a conveniencia quiera, en nada estaríamos colaborando para que las víctimas puedan al menos recibir cierto grado de tranquilidad al saber cuál fue el verdadero paradero de sus familiares, o a saber cómo en realidad sucedieron los hechos

En segundo lugar, solo da 60 días a la Fiscalía, una vez presenta el escrito de imputación, para conseguir las pruebas suficientes que puedan soportar el escrito de acusación que tiene luego que presentar. En este punto, es importante reparar una situación que hace aún más difícil lograr que los indiciados puedan ser procesados por los delitos cometidos, ya que debido a los pocos recursos técnicos con que se cuentan, a los muchos procesos que llevan los fiscales, y otras

²¹ Ibídem. Pág. 23

circunstancias que agravan la situación, este tiempo (60 días) son insuficientes para que los fiscales logren montar una teoría del caso que convenza al juez de la culpabilidad de los indiciados.

En tercer lugar, las penas que contempla la ley para quienes son procesados bajo esta ley, oscilan entre 6 y 8 años, constituyendo una flagrante violación al principio de igualdad y de proporcionalidad de la pena, ya que delitos por ejemplo contra el patrimonio, comparados contra delitos que atentan derechos humanos, tendrán un mayor castigo que estos, se supone afectan en gran medida la vida e integridad no sólo de las víctimas sino de la población en general.

Las anteriores son unas de las pocas críticas que se han generado a partir de la expedición de esta ley y que atañe en el fondo un gran problema jurídico que no se resolverá o no podrá ser resuelto por esta Ley.

Finalmente, otro problema importante que surge, y que tiene carácter internacional, es la obligación del Estado Colombiano ante la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con el artículo de esta Convención, el Estado está en la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico a las disposiciones de la Convención, las cuales no podrán ir en contravía de éstas, pues al someterse y ratificar esta convención, adquiere dicho compromiso. Por tanto, “la obligación de respeto y garantía de Derechos Humanos representa para el Estado tanto los deberes de abstención como los deberes de prestación, esto es de acciones positivas, de allí que le corresponde al Estado no solo expedir la legislación que garantice el respeto y garantía de los Derechos Humanos, sino abstenerse de proferir normas contrarias a la normativa internacional en este campo”²²

Surge una pregunta: ¿Si el Estado efectivamente viola la Convención, que responsabilidades surge para éste? Primero que todo, las víctimas pueden acudir

²² Ibídem. Pág. 69

a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que sean ellos quienes dicten una sentencia acorde los hechos fácticos presentados. Posteriormente, si se declara responsable al Estado por violar la convención, éste debería reparar a las víctimas que han acudido a esta instancia.

La reflexión apunta necesariamente a que si bien es plausible la propuesta del Estado de brindar estos beneficios a los grupos a los cuales va dirigida esta ley, este a su vez está generando un problema mayor, y es el de su propia condena, ya que tarde o temprano tendrá que responder por todas estas omisiones en el juzgamiento de estas personas que han violado derechos humanos y a los cuales no se les ha adelantado un proceso donde realmente se garantice la verdad, justicia y reparación.

Acceso de las víctimas a los medios judiciales para demandar al Estado en los casos de desaparición forzada enmarcada como responsabilidad estatal.

2.4 Investigación y Juzgamiento en el Derecho Comparado.²³

Chile.

Partiendo de la idea de que la política de desaparición fue implementada por el gobierno militar; es lógico que las medidas tomadas por este, tendientes al esclarecimiento de los hechos hayan sido mínimas.

En marzo de 1974, se presentaron los primeros recursos procesales de amparo, a favor de un gran número de personas desaparecidas, pero muy pocas recobraron la libertad; el gobierno reconocía la existencia de las desapariciones, pero las atribuía a enfrentamientos de persistían.

El estado intentaba justificarse alegando que el ejército estaba en la obligación de reaccionar, ante los ataques de los “insurgentes”. Además, afirmaba que los desaparecidos en ambos frentes eran muchos, ya que también se desconocía el paradero de algunos soldados.²⁴

El poder judicial tomo una posición de apoyo al gobierno militar, por lo que su actuación, frente a las graves violaciones de derechos humanos, fue prácticamente nula.²⁵

Toda esta política de impunidad, fue cimentada por la junta militar, que utilizando el poder constituyente, legislativo y ejecutivo que ella misma se había dado mediante el decreto ley 128 de 1973, expidió el decreto 2191 del 19 de abril de 1978, por medio del cual, se concedía una amnistía general para los autores de hechos criminales, cometidos entre septiembre de 1973 y marzo de 1978.

²³ BRIJALBO ACOSTA, María Alejandra, Análisis del delito de desaparición Forzada. Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.c, 2004

²⁴ Informe enviado por la Junta Militar chilena a la Organización de Estados Americanos, (OEA) en respuesta al informe de la comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de diciembre de 1974, sobre la situación de los derechos humanos en Chile

²⁵ PADILLA BALLESTEROS, Elías. La memoria y el olvido. Detenidos desaparecidos en Chile. www.nuncamas.org/investigacion/memoiv/memoiv60.htm

Quedaron cubiertos por este decreto delitos como lesiones corporales, torturas, secuestros, homicidios entre otras conductas típicas.²⁶

El artículo primero del decreto en mención es del siguiente tenor: “concédase amnistía a todas las personas que en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenas”.

Guatemala.

En Guatemala los objetivos no fueron diferentes a los de los demás Estados en los que se llevaron a cabo desapariciones; podríamos afirmar que son los mismos que persiguieron las dictaduras chilenas, argentinas y demás regímenes de represión implementados en América Latina. El gobierno guatemalteco utilizó las detenciones o desapariciones masivas, para reprimir a sus detractores y de esta forma consolidar el poder que ostentaron las dictaduras.

Guatemala no es la excepción en materia de impunidad; el gobierno ha tomado una posición de indiferencia frente a la investigación y enjuiciamiento de los responsables de las desapariciones y otros graves delitos cometidos durante el conflicto y aun después de la firma del tratado de paz.

El informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para el periodo de 1983 – 1984 se afirmó que en Guatemala el sistema judicial era el responsable de la denegación de justicia, por ser este un organismo dependiente, subordinado y sumiso” del gobierno.

²⁶ El artículo 93, del código penal chileno, contempla las formas de extinción de responsabilidad penal:

Art 93. La responsabilidad penal se extingue: ...numeral 4º por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

Gracias a la firma del acuerdo de paz pudo constituirse la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH), cuyo trabajo en principio fue de gran utilidad, pues se determinó la participación del Estado y de civiles delegados por este en la comisión de hechos violentos ocurridos durante la época del conflicto. Este informe mostró la voluntad de represión militar que había vivido Guatemala y recomendar al gobierno las medidas necesarias para que los crímenes contra los derechos humanos no quedaran impunes.

A pesar de la importante labor realizada por la CEH y del reconocimiento que la misma hiciera respecto de la responsabilidad del Estado por las desapariciones forzadas de cientos de personas, no ha existido en Guatemala un verdadero compromiso por parte del Estado de encontrar y enjuiciar a los responsables de tales conductas.²⁷

Argentina.

Debe tenerse presente que fue un delito cometido por agentes del Estado, lo que trajo como consecuencia directa que en principio, las medidas tomadas para sancionar a los responsables de los crímenes cometidos contra la ciudadanía no fueran suficientes, ni tampoco fueran eficaces las políticas para lograr esclarecer los hechos o evitar la comisión de nuevos delitos.

Lejos de investigar y sancionar a los responsables de las desapariciones, se expidieron una serie de leyes, que pretendieron eludir la responsabilidad penal de los autores y partícipes de las desapariciones:

- Ley de pacificación nacional.

²⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, afirmó durante su última visita a Guatemala en marzo de 2003, su preocupación por la grave debilidad del poder judicial y la existencia de grupos clandestinos al margen de la ley que siguen atacando a los defensores de derechos humanos, sindicalistas y otros representantes de la comunidad.

La Ley 22.924 de 27 de septiembre de 1983, concedió amnistía general por delitos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, que hubieran sido cometidos entre el 25 de mayo de 1973 y el 17 de junio de 1982.

La disposición en mención expresaba:

“Se otorgarán los beneficios a quienes agredieron a la nación por motivaciones subversivas o terroristas y que no han sido todavía condenados por la justicia, ofreciéndoles la oportunidad de reconsiderar sus actitudes y reinsertarse pacíficamente en la comunidad nacional”²⁸

- Ley 23.492

Sancionada a finales de 1986 y más conocida como la “Ley de punto final”, cerró la posibilidad de castigar a los responsables y aseguró la impunidad; en ella se restringen y anulan los derechos que el sistema constitucional reconocía a las víctimas del delito analizado. Jurídicamente esta ley parecía un proyecto de amnistía; se trataba de una disposición de “olvido”, “perdón” o “renuncia” a una acción penal vigente.

El artículo 1 de la disposición normativa mencionada, prescribía:

“Se extinguirá la acción respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado en los delitos del artículo 10 de la Ley 23.049, que no estuviera prófugo o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente antes de los 60 días concurridos a partir de la promulgación de la presente ley. Sólo se exceptúan los casos de sustitución del estado civil y sustracción u ocultación de menores” (bastardilla fuera de texto).

²⁸ Extracto de la Ley 22.924.

La cuestión relativa a la constitucionalidad de esta ley, se relaciona con el problema de si ciertos delitos pueden ser amnistiables a través de una ley dictada por el Congreso, sin encontrarse en franca oposición con los mandatos de la Constitución argentina.²⁹

- Ley 23.521 o Ley de obediencia debida

Este instrumento jurídico prescribía lo siguiente en su artículo primero:

“Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policial y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10 de la Ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores (...) en tales casos, se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.

A partir del 6 de octubre de 1989, se empezaron a conocer una serie de decretos por los cuales el presidente perdonaba la pena y en algunos casos, la supuesta pena que le hubiera correspondido a determinados encausados, como consecuencia de la aplicación de las disposiciones normativas reseñadas.

El Salvador.

A través del decreto 210 de 1983, la asamblea constituyente de la república de El Salvador dicta la “Ley de Amnistía y Rehabilitación Ciudadana”, que se

²⁹ El precepto constitucional que delimita la cuestión es el art. 29 de la Carta Fundamental argentina, que prescribe “El Congreso no puede conceder al ejecutivo nacional, ni a las legislaturas provinciales o a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supresiones por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna.

fundamento en la manifestación de total repudio por parte del pueblo salvadoreño a la violencia en todas sus formas y su voluntad de retirarse de las agrupaciones y convivir en paz con el resto del pueblo salvadoreño.

La Asamblea Constituyente decreto esta ley, en uso pleno de sus facultades legislativas, teniendo en cuenta las observaciones emitidas con anterioridad por la Corte Suprema de Justicia.

La ley también estableció que ninguna autoridad ni funcionario podría oponerse al cumplimiento de la misma y de las disposiciones de la Junta de Amnistía. Esa disposición cerró las posibilidades de investigación y posterior juzgamiento.

Sin embargo a partir de 1992 se implementa una importante política en materia de protección de los derechos humanos en El Salvador. La Asamblea Legislativa decreta la “Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos” con la cual se garantiza su protección, así como la investigación y juzgamiento de cualquier violación.

Esta ley se fundamenta en la Constitución salvadoreña que crea la figura del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, y le asigna específicas atribuciones.

2.5 La práctica de la Desaparición Forzada en Estados latinoamericanos envueltos en guerrilla.³⁰

La dificultad probatoria es uno de los problemas centrales al momento de juzgar el delito de desaparición forzada. En general, lo único – y último – sobre lo que hay conocimiento cierto es el momento en que el sujeto es secuestrado o arrancado de su entorno, en caso que haya habido testigos de tal acto, por lo que toda circunstancia posterior queda precisamente en la incertidumbre y falta por tanto

³⁰ VIDAL, Christian. Desaparición forzada en el contexto interamericano. Universidad de Buenos Aires, 2005.

de pruebas. Existen, sin embargo, elementos indiciarios fuertes que se reiteran en la gran mayoría de estos casos, y elementos que deben ser especialmente considerados al momento de resolver casos donde se ha reunido escaso material probatorio: los testimonios de quienes han “aparecido” y las pruebas físicas y psíquicas de los tratos recibidos, las huellas de los centros de detención descubiertos con posterioridad, el patrón seguido en muchos casos en cuanto al perfil de los “desaparecidos” – que depende obviamente del contexto en que se cometan los hechos –, y los testimonios de los “insider”, quienes formaron parte de alguna manera de la estructura estatal o de las agrupaciones que cometieron estos crímenes.

La suma de los indicios como prueba suficiente ha sido considerada ya en el caso Bleier, el primer caso de desaparición forzada analizado por la ComIDH, donde se estableció el principio de inversión de la carga de la prueba²⁰⁰ dadas las circunstancias propias de la desaparición forzada.²⁰¹ Esta decisión fue seguida luego por la CorIDH a partir del caso Velásquez Rodríguez.²⁰² En esta sentencia dijo la Corte:

“En efecto, de los testimonios y de las demás pruebas aportadas y no desvirtuadas, se concluye que, si bien existían en Honduras, durante la época de que aquí se habla, recursos legales que hubieran eventualmente permitido hallar a una persona detenida por las autoridades, tales recursos eran ineficaces, tanto porque la detención era clandestina como porque, en la práctica, tropezaban con formalismos que los hacían inaplicables o porque las autoridades contra las cuales se dictaban llanamente los ignoraban o porque abogados y jueces ejecutores eran amenazados e intimidados por aquéllas.”³¹

La doctrina confirma y celebra esta decisión, entendiendo que la aceptación de presunciones y la reversión de la carga de la prueba es una pauta indispensable al momento de juzgar violaciones de derechos humanos y en especial en el caso de

³¹ CorIDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra nota 202, párr. 80.

la desaparición forzada, dado que de lo contrario víctimas y familiares se verían frente a una segura denegación de justicia

Si bien los gobiernos dictatoriales sudamericanos y del Caribe fueron especialmente conocidos por su práctica de desapariciones masivas durante la década de los setenta, ochenta e incluso, principios de los noventa, los Estados centroamericanos continentes así como Colombia presenciaron movimientos guerrilleros internos que han causado una gran cantidad de violaciones de derechos humanos, ya sea en contra de los miembros de grupos disidentes o bien contra la población civil la cual ha sido siempre ajena al conflicto.

Así pues, por lo que respecta al Estado de Guatemala, la Corte interamericana de Derechos Humanos encontró que, entre los años 1987 y 1988, se llevaron a cabo detenciones arbitrarias muchas de las cuales constituyeron desapariciones forzadas de personas cuyos cuerpos nunca fueron encontrados. Cabe destacar que, en esos momentos Guatemala se encontraba sumida en un agudo conflicto armado interno el que concluyó al menos formalmente en 1996 con motivo de los acuerdos de paz firmados en Oslo, entre el grupo guerrillero mayoritario. Así pues, desde la segunda mitad de la década de los ochenta y hasta 1996, las autoridades estatales pusieron en marcha una política de “limpieza social” que buscaba *“aniquilar a quienes el Estado consideraba enemigos, es decir todos aquellos individuos, grupos u organizaciones que supuestamente trataban de romper el orden establecido”*

Honduras vivió también una intensa práctica de desapariciones forzadas durante toda la década de los ochenta y principios de los noventa. Además de los emblemáticos y muy famosos tres primeros casos presentados y en su momento resueltos por la Corte relativos a cuatro desapariciones forzadas, hubo un sin número de desapariciones más que fueron tramitadas únicamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o, incluso ante la ignorancia de la

justicia interamericana solo quedaron denunciados y sustanciados ante el sistema judicial nacional hondureño.

En el último caso que la Corte ha conocido en contra de Honduras también referido a una desaparición forzada, este tribunal constató la práctica del Estado en relación con desapariciones llevadas a cabo por sus agentes en aquellos años. En este caso “Juan Humberto Sánchez”, la Corte destacó que:³²

...durante la década de los ochenta y hasta inicios de los noventa, en Honduras existía un patrón de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales cometidas por las fuerzas militares. Estas tenían un estatus especial de autonomía y actuaban bajo cierta doctrina de seguridad nacional, en razón de la cual estas capturaban a las personas “peligrosas” o “sospechosas” de ser presuntos subversivos hondureños simpatizantes de la guerrilla salvadoreña o de los sandinistas. Usualmente estas personas eran detenidas en horas de la noche, interrogadas, torturadas y se les daba un tiro de gracia, y se les enterraba en cementerios clandestinos o en sitios no autorizados. A su vez, las fuerzas militares controlaban a las fuerzas no policíacas y los jueces se sentían intimidados de investigar efectivamente las causas penales, donde se denunciaban violaciones de derechos humanos por parte de las fuerzas armadas, creándose un clima de impunidad.

Por otra parte, El Salvador también vivió una guerrilla que concluyó finalmente en 1992, después de un largo proceso de paz que se manifestó en cuatro acuerdos. Durante los oscuros momentos de la guerrilla, los agentes estatales salvadoreños llevaron a cabo una multitud de desapariciones forzadas y ejecuciones

³² Caso .. Juan Humberto Sánchez". Corte IDH, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, nro. 99, párr. 70 - A. 1.

extrajudiciales, de modo que la comisión Interamericana de derechos Humanos afirmo en su Informe Anual 1982-1983, que:³³

...La continuación del clima de violencia que continúa viviendo El Salvador donde han proseguido las ejecuciones ilegales y desapariciones de personas. Como señalo en informes anteriores tales actos, la mayoría de las veces han sido cometidos por fuerzas de seguridad que actúan impunemente al margen de la ley, como asimismo por grupos paramilitares que ante la ausencia de una eficaz y adecuada investigación de los crímenes pareciera que obran con el consentimiento tácito del Gobierno.

A diferencia de los casos contra Guatemala y Honduras, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no pudo someter ningún caso en contra de El Salvador a conocimiento de la Corte, en virtud de que este país centroamericano acepto la competencia contenciosa de nuestro único tribunal interamericano hasta el 6 de junio de 1995, es decir, tres años después de la conclusión formal de la guerrilla. No obstante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos si sustancio más de cincuenta casos en contra de El Salvador relativos en su gran mayoría a desapariciones forzadas en el tiempo de la guerrilla.

Sin embargo, a pesar de las complejas guerrillas centroamericanas, no hay una más complicada y actual como lo es aquella que vive en el pueblo colombiano. Todo comenzó en 1948, quizá en uno de los años de mas prosperidad económica de Colombia, cuando estallo un conflicto político-social en las calles de Bogotá, esta fue una lucha entre los partidos liberal y conservador en las calles de la capital. Sin embargo, el conflicto se traslado al campo donde se constituyeron en grupos de disidencia que sigue vigente hasta nuestros días. Los liberales y conservadores firmaron la paz en Madrid en 1957 quizá sin pensar que los

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual presentado ante la asamblea general de la organización de los Estados Americanos con motivo de sus funciones en el periodo comprendido entre 1982-1983

movimientos de guerrilla ya se habían organizado y, por lo tanto, habían perdido totalmente el control sobre estos. A la fecha existen una gran cantidad de grupos de guerrilla que aunque no es objeto de este trabajo realizar un estudio sobre ellos, basta señalar que estos responden a una gran variedad de ideologías y fines políticos y económicos.

Por lo que hace nuestro tema, la situación de las masivas desapariciones forzadas en Colombia tiene un contexto mucho más complicado que en otros países americanos analizados anteriormente debido a que, a decir del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Colombia las desapariciones han sido llevadas a cabo no solamente por agentes estatales sino que también por los grupos de guerrilla a manera de “justicia privada”. Hasta 1998, año en que visito Colombia se habían suscitado mas de mil casos de desapariciones forzadas perpetradas presuntamente por agentes del Estado así como por integrantes de los distintos grupos guerrilleros. De 1988 a la fecha, aunque no ha cesado por completo la práctica de la desaparición forzada, si es de destacar que ha disminuido considerablemente en virtud de las negociaciones de paz entre la guerrilla y el Estado.

Es de destacar que la grave situación de Colombia en materia de desapariciones forzadas en los más de cincuenta años de guerrilla ha llevado a que la Asamblea Nacional Constituyente colombiana haya consagrado en la actual Constitución de 1991 en los más de cincuenta años de guerrilla ha llevado a que la Asamblea Nacional Constituyente colombiana haya consagrado en la actual Constitución de 1991 como uno de sus derechos fundamentales la prohibición de la desaparición forzada, al disponer en su artículo 12 que *“nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*.

Aun con lo terrible y cotidiano que son las desapariciones en Colombia, la Corte ha conocido solamente dos casos relativos a esta figura suscitados ambos a partir

de que esta nación cafetalera aceptara la competencia contenciosa de la corte, el 21 de julio de 1985.

CONCLUSIONES

En Colombia la situación política desde los años 1970 ha estado marcada por una ambigüedad y una doble moral. Por un lado se refleja en un sistema político democrático que permite que algunos sectores de la sociedad se movilicen para participar del juego democrático. Pero por el otro lado, agentes del mismo Estado se encargan de aplicar acciones que van en contra de los principios democráticos, tales como la desaparición forzada y el “asesinato extrajudicial”, o para ser más contemporáneos se pueden mencionar los falsos positivos, y estas acciones se ejecutan con el fin de limitar la organización de la sociedad civil en cuanto a la defensa de los valores políticos democráticos.

La aplicación de la Desaparición Forzada en Colombia desde sus inicios, data desde la década de los 70's, y se ha venido desarrollando con el apoyo de sectores y organismos de seguridad que, para nadie es un secreto, tienen una relación directa o consentimiento de las élites gobernantes del Estado Colombiano.

La vigencia de la Desaparición Forzada en Colombia se puede dividir en dos etapas, la primera que viene desde la década de los setentas -tal como se anoto- que fue el inicio de la aplicación del fenómeno hasta principios de la década de los noventas, para 1991 se presenta un punto de ruptura; en esta primera etapa la mayoría de víctimas de desaparición forzada pertenecían a organizaciones políticas y sociales que tenían intereses diferentes o contrarios a los del gobierno, en su mayoría correspondían a organizaciones de inclinación revolucionaria.

Esta práctica de Desaparición Forzada se convirtió entonces en un método útil y eficaz para eliminar y neutralizar la movilización y acción colectiva de sectores de la sociedad civil, que se organizan para participar en el juego democrático con intereses diferentes de los partidos tradicionales o en su defecto hacerle frente a la oposición de una manera violatoria de los derechos humanos.

La segunda etapa se desarrolla desde 1991 hasta nuestros días. Esta se genera en un contexto en donde hay cambios significativos en el país, como la desmovilización de aproximadamente 7.000 miembros de las guerrillas de los grupos como el E.P.L, el Quintín Lame, el P.R.T, y el M1-9, y sumado a esto más una confluencia de fuerzas sociales renovadoras como el sector estudiantil, el movimiento sindical, fuerzas liberales; sucesos como los asesinatos de Luis Carlos Galán, Carlos Pizarro, y el genocidio de la UP, plantean el camino hacia una nueva constituyente, que abre las puertas a la participación política de sectores excluidos y la construcción y aplicación del modelo de Estado social de Derecho.

Aquí se hace evidente también que la desaparición forzada no es aplicada exclusivamente por sectores de seguridad del Estado, ni las víctimas son exclusivamente miembros de la oposición política, como en la primera etapa, sino que la aplicación de ésta se empieza a generar y a ejecutar contra toda la sociedad civil, gracias al fortalecimiento de la alianza entre el narcotráfico, los terratenientes y las clases políticas regionales, manifestación que desde años atrás viene de la mano de una política de mano dura que va a culminar con la creación de grupos de autodefensas.

Finalmente, con el desarrollo del fenómeno de la Desaparición Forzada en Colombia, que lleva casi cuarenta años, se hace evidente como este ha evolucionado dependiendo del contexto político y social del país, anteriormente se identifican dos etapas en las que, ha tenido unas características propias, cambia el tipo de víctimas y victimarios.

Analizando la situación actual se llega a la conclusión que con contextos como el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, que empieza en 2005 con la administración Uribe Vélez (2002-2010) y que el apoyo a los sectores militares de su política de Seguridad Democrática, la desaparición forzada ha dado un nuevo giro parecido a la primera etapa, en donde los militares (organismo de seguridad del Estado) están involucrados en numerosos casos de desaparición

forzada y falsos positivos, la desaparición forzada se viene aplicando con propósitos de ejecución extrajudicial.

En este orden de ideas, tenemos que las experiencias internacionales no han sido muy claras ni definitivas con relación al fenómeno de la desaparición forzada, como para tomarlas como un referente constructivo.

Por otro lado nuestra legislación supuestamente se basa en las experiencias foráneas, pero si se tienen en cuenta los principios del Derecho Internacional Humanitario (D.H.I) son prácticamente una mala pantalla y una peor excusa ante la pretensión de que penas tan irrisorias propician el camino hacia la paz. Además pretender borrar de un plumazo más de 60 años de violencia política no es fácil, porque pervive la memoria colectiva así digan los críticos más críticos que somos un pueblo sin memoria.

Mirando la filosofía y los principios de la tasación punitiva es necesario que las sanciones sean proporcionales al hecho cometido, pero también, no se puede olvidar el propósito político cuando se trata de la paz tan anhelada, y correspondería a efectuar una especie de triangulación entre lo que es: el hecho, la norma (sancionatoria), y el propósito perseguido, para que la sanción no quede simplemente en el encierro sino en acciones resocializadoras que propicien el cambio de mentalidad tanto en los autores materiales como en los determinadores.

No es una labor fácil, pero tampoco imposible.

BIBLIOGRAFIA

ACNUR. (18 de Diciembre de 1992). *Declaración sobre la protección de todas*
Agosto de 2008,

ASFADES. Memorias Panel la Desaparición Forzada en Colombia...un crimen sin castigo. Compilación por Yolima Quintero. Opciones Gráficas Editores. Bogotá. 2000

BRIJALBO ACOSTA. María Alejandra. ANÁLISIS DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA.

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS55.pdf>.

CONSULTA: Miércoles, 20 de Marzo de 2013

CÁCERES TRIMIÑO, Sergio Enrique. La Desaparición Forzada en Colombia, un Mecanismo Estatal para Controlar y Disciplinar a la Oposición Política y a la Sociedad en General. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.2008.
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis207.pdf>

Convención Americana De Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1969

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas. Artículo II.
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Juan Humberto Sánchez", sentencia de 18 de septiembre de 2003.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas. Artículo 1. Aprobada por la Asamblea General Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. Cartilla informativa sobre desaparición forzada. BOGOTA 2000.

Estatuto de la Corte Penal Internacional. Artículo 7, literal i

GÓMEZ LÓPEZ. Jesús Orlando. Delitos Contra La Humanidad, Crímenes de Lesa Humanidades. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1998. Colombia.

GÓMEZ LÓPEZ. Jesús Orlando. Delitos Contra La Humanidad, Crímenes de Lesa Humanidad. Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C, 1998.

ASAMBLEA GENERAL. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Sp?Open](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?Open)

KARIME MARTINEZ, Sandra. La Alternatividad Penal en Colombia Verdad, Justicia, Reparación y Reconciliación o Impunidad, Perdón y Olvido. Universidad Libre. Bogotá D.C. <http://hdl.handle.net/10901/3329>. CONSULTA: Martes, 12 de Marzo de 2013

MADRID MALO-GARIZABAL, Mario. Tres crímenes contra la humanidad. Escuela Superior de administración Pública. Bogotá, D.C, 1989.

MELO GONZÁLEZ. Jorge Orlando. Los Derechos Humanos En Colombia. Edición 156. Diciembre de 2002

MORA INSUASTY. Socorro. La Ley de Justicia y Paz en el Marco de la Convención Americana de Derechos Humanos. 1ra Edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2008. Bogotá D.C. pág. 18

NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), Princ. 36.

NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Declaración de la señora Najat Al-Hajaji, Presidenta del 59 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre Colombia, Ginebra, abril 24 de 2003, párr. 18.

PADILLA BALLESTEROS, Elías. La Memoria y El Olvido. CEME. Chile. 2005. http://www.archivochile.com/Ceme/recup_memoria/cemememo0018.pdf.

CONSULTA: Jueves, 14 de Febrero de 2013

PÉREZ SALAS, Diego Omar. Declaración de Responsabilidad del Estado frente a la ocurrencia de Desaparición Forzada cometida por Particulares. Revista de Investigación Formativa, Semilleros de Investigación y Jóvenes Investigadores. <http://www.redsociojuridica.org/escenarios> CONSULTA: Martes, 5 de marzo de 2013

ROBLES. Azalea. Colombia: El Crimen de Estado de la Desaparición Forzada de la Democracia. <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=129256>. CONSULTA: Miércoles, 20 de Marzo de 2013

HINESTROZA VELEZ, Juan Pablo. Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los derechos humanos. Universidad Externado de Colombia.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ Alier Eduardo. Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano. Segundo seminario internacional_ modulo II. Bogotá, 2005.

SARTORI, Giovanni. Que es la democracia, Bogotá: Altamir Ediciones.

VIDAL, Christian. Desaparición forzada en el contexto interamericano. Universidad de Buenos Aires, 2005.

THEISSEN MOLINA. Ana Lucrecia. La desaparición Forzada de personas en América Latina. www.derechos.org/koaga/uii/molina.html.

CONSULTA: Sábado, 16 de Agosto de 2014